

Axel Baumanns

**DIE ZWANGSVOLLSTRECKUNG
AUS ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN VERTRÄGEN
— zugleich ein Beitrag zur Frage der Wirksamkeit
rechtswidriger Verträge —**

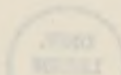
1978

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Zwangsvollstreckung
aus öffentlich-rechtlichen Verträgen
- zugleich ein Beitrag zur Frage der
Wirksamkeit rechtswidriger Verträge -



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung

des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Axel Baumanns
aus Düsseldorf

1978



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Menger
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Schmidt-Jortzig
Dekan: Prof. Dr. Battes
Tag der mündlichen Prüfung: 5. 12. 1978

Meinen Eltern

Inhalt

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel	
Begriffsbestimmungen und Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten	3
A Öffentlich-rechtlicher Vertrag	3
B Bezeichnung der Vertragsparteien	3
C Öffentlich-rechtlicher/privatrechtlicher Vertrag	4
I Abgrenzungskriterien	4
II Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Zivil- personen	8
III Mischverträge	9
D Öffentlich-rechtlicher Vertrag/Verwaltungsakt	13
E Subordinationsrechtlicher/koordinationsrechtlicher Vertrag	16
F Vollstreckungsfähige Verträge	20
2. Kapitel	
Die zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen	21
A Grundlagen der Zwangsvollstreckung	21
I Zwangsvollstreckung aus einem Titel	21
II Verwaltungsvollstreckung	24
B Zwangsvollstreckung einer Behörde gegen einen Bürger	27
I Grenzen der behördlichen Selbstvollstreckungs- befugnis	29
1) Anwendbarkeit des VwVG gemäß §§ 1, 6 VwVG	30
a) Vollstreckung von Geldforderungen	31
b) Erzwingungsvollstreckung	36

	Seite
2) Anwendbarkeit des VwVG gemäß § 61 VwVfG	36
II Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung	38
1) Rechtsfolge der Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG	38
2) Vergleich der Unterwerfungserklärungen nach § 794 ZPO und § 61 VwVfG	43
a) Gegenstand der Unterwerfungserklärung	43
b) Einschaltung eines Notars	44
3) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG	47
a) Schriftform	47
b) Genehmigung der Aufsichtsbehörde	48
c) Vertretung der Behörde	49
d) Gegenstand der Unterwerfungserklärung	50
4) Vollstreckungsvoraussetzungen	51
a) Vollstreckung von Geldforderungen	52
aa) Leistungsbescheid	53
bb) Beginn der Zwangsvollstreckung	55
b) Erzwingungsvollstreckung	56
5) Vollstreckungsverfahren	57
6) Landesrechtliche Besonderheiten	59
7) Zwischenergebnis	60
III Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel	60
1) Notarielle Urkunde gemäß § 794 ZPO	61
a) Anwendungsmöglichkeit des § 794 ZPO neben § 61 VwVfG	61
b) Anwendbarkeit des § 794 ZPO auf öffentlich-rechtliche Ansprüche	63
c) Vollstreckungsverfahren	67

	Seite
2) Prozeßvergleiche	68
a) vor den Zivilgerichten	69
b) vor den Verwaltungsgerichten	70
c) Vollstreckungsverfahren	71
3) Gerichtliche Entscheidungen	71
a) Verwaltungsgerichtliche Urteile	
aa) Klageart	72
bb) Beteiligtenfähigkeit der Behörde	72
cc) Rechtsschutzinteresse im Falle einer anderweitigen Vollstreckungsmöglich- keit	73
b) Sonstige richterliche Entscheidungen	77
4) Zwischenergebnis	78
5) Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel	78
a) Vollstreckung von Geldforderungen	79
aa) Voraussetzungen gemäß §§ 169 VwGO, 3 VwVG	80
bb) Voraussetzungen gemäß §§ 167, 171 VwGO	82
b) Erzwingungsvollstreckung	83
c) Zwischenergebnis	84
C Zwangsvollstreckung eines Bürgers gegen eine Be- hörde	85
I Parteiakte	85
1) Unterwerfungserklärung der Behörde nach § 61 VwVfG	85

	Seite
a) Rechtsfolge der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG	86
b) Vergleich der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG mit sonstigen Vollstreckungstiteln	89
c) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG	90
2) Sonstige Parteiakte	93
II Richterliche Entscheidungen	93
1) Klage aus dem Vertrag auf Erlass eines Verwaltungsaktes	94
2) Urteilstenor	97
III Zwischenergebnis	98
IV Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus einem Titel der VwGO	98
1) Verwaltungsgerichtliches Urteil	98
2) Verwaltungsgerichtlicher Prozeßvergleich	100
3) Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG	101
D Zwangsvollstreckung zwischen zwei Behörden	104
I Behörden als Vertragsbeteiligte	104
II Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG	105
III Vollstreckungsverfahren	107
E Zwangsvollstreckung zwischen Zivilpersonen	109

3. Kapitel

Materielle Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung	111
A Berufung auf die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts	112
I Inhaltliche Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages	112
1) Vorrang des Gesetzes	112
a) Verhältnis zum Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit	113
b) Inhaltliche Konkretisierung	114
2) Vorbehalt des Gesetzes	117
a) Vertragliche Pflichten des Bürgers	117
b) Vertragliche Pflichten der Behörde	121
3) Zwischenergebnis	123
II Nichtigkeit inhaltlich rechtswidriger Verträge	124
1) Regelung des VwVfG	124
a) Zulässigkeitsregelung des § 54 VwVfG	124
b) Nichtigkeitsregelung des § 59 VwVfG	125
aa) Generelle Nichtigkeit rechtswidriger Verträge im Zivilrecht	127
bb) Geltung dieses Grundsatzes für öffentlich-rechtliche Verträge	131
(1) Wortlaut des § 59 Abs. 1 VwVfG	132
(2) Anwendungsbereich des § 59 Abs. 2 VwVfG	132
(3) Verfassungsrechtliche Grenzen einer Dispensationsermächtigung	135
(4) Gesetzesmaterialien	138

	Seite
c) Zwischenergebnis	140
2) Nichtigkeit von Vergleichsverträgen	140
a) Einschränkung der Nichtigkeitsgründe für Vergleichsverträge	140
aa) Außergerichtlicher Vergleich	142
bb) Prozeßvergleich	143
cc) Zwischenergebnis	145
b) Wirksamkeit rechtswidriger Vergleichs- verträge	145
aa) tatsachenbedingter Vergleich	147
bb) rechtsbedingter Vergleich	148
3) Nichtigkeit von Verträgen, auf die das VwVfG nicht anwendbar ist	149
B Unzulässigkeit des Vertrages als Handlungsform	150
C Zwischenergebnis	153
 4. Kapitel	
Prozessuale Geltendmachung der materiellen Einwen- dungen im Vollstreckungsverfahren	154
A Klageart bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel	154
I Vollstreckung aus einem Titel	155
II Vollstreckung aus einem Parteiakt	156
1) Beurkundete Unterwerfungserklärung nach §§ 794 ZPO, 61 VwVfG	157
2) Prozeßvergleiche	158
III Zwischenergebnis	159
B Klageart bei der Verwaltungsvollstreckung	160

	Seite
I Klageart	161
1) Anfechtungsklage gegen einzelne Voll- streckungsmaßnahmen	162
2) Feststellungsklage	164
II Zwischenergebnis	167
III Landesrechtliche Besonderheiten	167

Abkürzungen

AG	Ausführungsgesetz
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AO	Abgabenordnung vom 16. 3. 1976 (BGBI. I, S. 613)
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (von 1886 bis 1910: Archiv für öffentliches Recht)
AS	Amtliche Sammlung von Entschei- dungen der Obergerwaltungsgerich- te Rheinland-Pfalz und Saarland
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz vom 18. 8. 1969 (BGBI. I, S. 2257)
Beschl. v.	Beschluß vom
BeurkG	Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969 (BGBI. I, S. 1513)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (BGBI. III, S. 400)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH(Z)	Bundesgerichtshof (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsa- chen)
ENotO	Bundesnotarordnung vom 24. 2. 1961 (BGBI. I, S. 98)
Breithaupt	(Herausgeber) Sammlung von Entschei- dungen der Sozialversicherung, Ver- sorgung und Arbeitslosenversicherung
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts vom 3. 1. 1977 (BGBI. I, S. 21)
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entschei- dungen des Bundesverfassungsgerichts)
BVerwG(E)	Bundesverwaltungsgericht (Entschei- dungen des Bundesverwaltungsgerichts)

BWVB1.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz vom 19. 4. 1972 (BGBl. I, S. 713)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG ZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 (BGBl. I, S. 244)
ErstG	Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen vom 24. 1. 1951 (BGBl. I, S. 87, 109)
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
EvStL	Evangelisches Staatslexikon, 2. Auflage, Köln-Berlin 1968
EVwVfG 1963	Musterentwurf eines Verwaltungsfahrgesetzes von 1963, 2. Auflage, Köln-Berlin 1968
FN	Fußnote
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 9. 5. 1975 (GVBl. I, S. 1077)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt vom 25. 4. 1977 (BGBl. I, S. 633)
JZ	Juristenzeitung
KKZ	Kommunal-Kassen-Zeitschrift
LAG	Landesarbeitsgericht

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG(E)	Oberverwaltungsgericht (Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein)
RAO	Reichsabgabenordnung von 1919 (RGBl. I, S. 161)
RdNr.	Randnummer
RG(Z)	Reichsgericht (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen)
RiA	Das Recht im Amt
RpflG	Rechtspflegergesetz vom 5. 11. 1969 (BGBI. I, S. 2065)
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
schl.-hol. LVwG	Schleswig-Holsteinisches Landesverwaltungsgesetz vom 18. 4. 1967 (GVBl. S. 131)
SGG	Sozialgerichtsgesetz vom 23. 8. 1958 (GVBl. S. 1129)
SK	
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
StGb	Städte- und Gemeindebund
Urt. v.	Urteil vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VV	Verwaltungsvorschriften
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBI. I, S. 17)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes vom 25. 4. 1976 (BGBI. I, S. 1253)
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz des Bundes vom 27. 4. 1953 (BGBI. I, S. 157)

WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919
ZPO	Zivilprozeßordnung von 1877 i. d. F. v. 12. 9. 1950 (BGBl. I, S. 533)
ZVG	Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 (RGL. S. 97)

Im übrigen wurden die Abkürzungen nach Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968, verwendet.

- Becker, Joachim Zum Verwaltungsverfahrensgesetz
des Bundes, in: JR 1976, 485 -
490
- Beinhardt, Gerd Der öffentlich-rechtliche Ver-
trag im deutschen und französi-
schen Recht, in: VerwArch 55
(1964), 151 - 174, 210 - 263
- Bettermann, Karl August Die zivilprozessuale Zwangsvoll-
streckung aus verwaltungsge-
richtlichen Vergleichen, in:
NJW 1953, 1007 - 1009
- Rechtsgleichheit und Ermessens-
freiheit, in: Der Staat, Band 1
(1962), 79 - 92
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom
21. 12. 1964 - III ZR 70/63 -
in: JZ 1966, 445 - 447
- Anmerkung zum Beschluß des OVG
Lüneburg vom 17. 3. 1967 - II B
15/67 - in: DVBl. 1969, 120 -
121
- Binding, Karl Der Rechtszwang nach Wesen, Art
und Grenzen, in: Die Normen und
ihre Übertretung, 1. Band, S.
483 - 504, 2. Auflage, Leipzig
1890
- Bisek, Nikolaus-Zeno Der öffentlich-rechtliche Vertrag
nach dem Musterentwurf eines Ver-
waltungsverfahrensgesetzes in
der Fassung von 1963, in der
"Münchener Fassung" von 1966 und
dem schleswig-holsteinischen
Landesverwaltungsgesetz, Diss.
Münster 1970
- Bleckmann, Albert Subordinationsrechtlicher Verwal-
tungsvertrag und Gesetzmäßigkeit
der Verwaltung, in: VerwArch 63
(1972), 404 - 440
- Bock, Hans-Christian Das Rechtsschutzbedürfnis im Ver-
waltungsprozeß, Diss. Göttingen
1971
- Bonin, Paul Der Prozeßvergleich, Diss. Mainz
1975

- Bosse, Wolfgang Der subordinationsrechtliche
Verwaltungsvertrag als Hand-
lungsform öffentlicher Verwal-
tung, Berlin 1974
- Breetzke, Ernst Der Vergleich bei verständigem
Zweifel, in: NJW 1969, 1408 -
1412
- Bullinger, Martin Vertrag und Verwaltungsakt,
Stuttgart 1962
- Zur Notwendigkeit funktionalen
Umdenkens des öffentlichen und
privaten Vertragsrechts im lei-
stungsintensiven Gemeinwesen,
in: Gedächtnisschrift für Hans
Peters, S. 667 - 685, Berlin-
Heidelberg-New York 1967
- Leistungsstörungen beim öffent-
lich-rechtlichen Vertrag, in:
DöV 1977, 812 - 822
- Clasen, Heinrich Das mit Zivil- und Verwaltungs-
recht gemischte Rechtsverhältnis,
in: DöV 1959, 281 - 289
- Dahm, Georg Völkerrecht, Band I, Stuttgart .
1958
- Dithmar, Ulrich Die nichtstreitige Erledigung
sozialgerichtlicher Verfahren,
in: NJW 1961, 2245
- Eckert, Lutz Leistungsstörungen in verwaltungs-
rechtlichen Schuldverhältnissen,
in: DVBl. 1962, S. 11 - 21
- Eichler, Friedrich Kommentar zum Verwaltungsverfah-
rensgesetz, Loseblattausgabe
(Stand: 1. 1. 1978)
- Engelhardt, Hanns Kommentar zum Verwaltungsvoll-
streckungsgesetz, Frankfurt 1970
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 1. Band, 15. Auflage,
Tübingen 1960

- Erichsen, Hans-Uwe
Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, Frankfurt 1971
Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, München 1977
Baudispens und Übermaßverbot, in: DVBl. 1967, 269 - 275
Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 68 (1977), 65 - 72
- Erichsen, Hans-Uwe/
Martens, Wolfgang
Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin-New York 1978
- Ernst, Werner/
Zinkahn, Willy/
Bielenberg, Walter
Kommentar zum Bundesbaugesetz, Band II (Loseblattausgabe, Stand: 1. 9. 1977)
- EVwVfG 1963
Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963, 2. Auflage, Köln-Berlin 1968
- Eyermann, Erich/
Fröhler, Ludwig
Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Auflage, München 1977
- Fliegeauf, Harald/
Maurer, Volkhard
Zur Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, in: BWVPr. 1978, 31 - 33
- Flume
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1975
- Forsthoff, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 24. 10. 1956 - V C 236/54 - in: DVBl. 1957, 724 - 726
- Frank, Götz
Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, in: DVBl. 1977, 682 - 690

- Fröhler, Ludwig Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 3. 11. 1960 - VI B 57.59 - in: GewArch 1961, 119
- Geiger, Helmut Kosten und Vollstreckung nach der Verwaltungsgerichtsordnung, in: MDR 1960, 884 - 887
- Gern, Alfons Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen, Berlin 1977
- Gitzinger, Hans-Lutwin Verwaltungsakt auf Unterwerfung, antragsbedingter Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag, Diss. Saarland 1963
- Göldner, Detlef Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, in: JZ 1976, 352 - 358
- Götz, Volkmar Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in: JuS 1970, 1 - 5
- Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag, in: DÖV 1973, 298 - 302
- Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in: NJW 1976, 1425 - 1430
- Grimmer, Klaus Ausübung öffentlicher Gewalt im Bereich der Wirtschaft durch Verwaltungsakt oder Vertrag, in: BB 1973, 1589 - 1593
- von der Groeben, Klaus/
Knack, Hans-Joachim Kommentar zum Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein, Köln-Berlin-Bonn-München 1968
- Groß, Rolf Rechtsbehelf gegen Maßnahmen einer Gemeinde im Beitreibungsverfahren, in: DVBl. 1962, 210 - 211
- Groß, Rolf/
Kreiling, Harald Zivilprozessuale Rechtsbehelfe bei Vollstreckungsmaßnahmen der Verwaltung? in: DVBl. 1964, 863 - 865
- Grund, H. Die Konkurrenz zwischen subordinationsrechtlichem Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, in: DVBl. 1972, 884 - 887

- Gützkow, Horst Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, in: DÖV 1966, 554 - 555
- Hans Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: DVBl. 1951, 721 - 725
- Hartmann, Klaus-Albert Rechtsschutz im Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung öffentlich-rechtlicher Geldbeiträge, Diss. Hamburg 1966
- Haueisen, Fritz Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsaktes, in: NJW 1956, 1457 - 1460
- Unterschiede in den Bindungswirkungen von Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichem Vertrag, gerichtlichem Vergleich und Urteil, in: NJW 1963, 1329 - 1336
- Verwaltungsakt und Vollstreckungsgegenklage, in: NJW 1965, 2285 - 2286
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 4. 2. 1966 - IV C 64/65 - in: NJW 1967, 590 - 591
- Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, in: DVBl. 1968, 285 - 290
- Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: NJW 1969, 122 - 125
- Hegel, Hermann Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO, in: DÖV 1965, 413 - 416
- Heller, Hermann Die Souveränität, Berlin und Leipzig 1927
- Henrichs, Wilhelm Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 6. 5. 1964 - VIII C 394/63 - in: NJW 1964, 2366 - 2368
- Hoppe, Werner Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, Siegburg 1970

- Hübschmann-Hepp-Spitaler Kommentar zur AO und FGO, Loseblattausgabe, Stand: Juli 1978
- Huken, Friedrich Vollstreckung eines rückständigen Kostenersatzes nach §§992 ff. BSHG, in: KKZ 1974, 32 - 33
Kommentar zum Verwaltungsvollstreckungs- und -zustellungsgesetz von Nordrhein-Westfalen, 4. Auflage, Siegburg 1977
- Imboden, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
- Ipsen, Hans Peter Öffentliche Subventionierung Privater, in: DVBl. 1956, 602 - 613
Verwaltung durch Subventionen, in: VVdStRL 25 (1967), 257 - 307
- Janknecht, Hans Rechtsformen von Subventionierungen, Diss. Münster 1964
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1919
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
- Kautz, Georg/
Riewald, Alfred Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen, 8. Auflage, Berlin-Köln 1955
- Kienapfel, Diethelm Die Verteidigung im Verwaltungszwangsverfahren, in: BWVBl. 1962, 149 - 152, 165 - 169
- Kleiser, Peter Der Vorbehalt des Gesetzes nach dem Bonner Grundgesetz, Diss. Heidelberg 1963
- Klinger, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960
- Klückmann, Harald Zum öffentlich-rechtlichen Vertrag des Verwaltungsverfahrens-gesetzes, in: SKV 1977, 98 - 103
- Knack, Hans-Joachim Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Köln-Berlin-Bonn-München 1976

- Knack, Hans Joachim Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: DVBl. 1965, 709 - 712
- Kniesch, Hans-Joachim Zum Vergleich im Verwaltungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, S. 497 - 526, Karlsruhe 1963
- Koehler, Alexander Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin-Frankfurt 1960
- Konrad, Horst Der öffentliche Vertrag - Institution oder Trugbild, Diss. Würzburg 1975
- Kopp, Ferdinand O. Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1976
- Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, München 1977
- Kottke, Joachim System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages, Diss. Hamburg 1966
- Kratzer, Jakob Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: BayVB1. 1964, 273 - 277
- Kreiling, Harald Hessisches Verwaltungsvollstreckungsrecht, Wiesbaden 1967
- Rechtsbehelfe gegen Beitreibungsmaßnahmen im Verwaltungsvollstreckungsrecht, in: NJW 1963, 888 - 891
- Krinke, Siegfried Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes ist verabschiedet, in: SKV 1976, 239 - 240
- Krölller, Hans-Rainer Vollstreckungsschutz im Verwaltungszwangsverfahren, Köln-Berlin-Bonn-München 1970
- Krüsselmann, Bernard Der Rechtsschutz im Verwaltungszwangsverfahren, Diss. Würzburg 1967

- Kuhn, Gustav Kommentar zum Landesverwaltungs-
gesetz von Schleswig-Holstein,
Flensburg 1968
- Kurtze, Helmut Die Beurkundung im Jugendamt,
Köln-Berlin-Bonn-München 1971
- Lang, Arno Untersuchungs- und Verhandlungs-
maxime im Verwaltungsprozeß,
in: VerwArch 52 (1961), 60 -
91, 175 - 195
- Langen, Joachim Die verwaltungsgerichtliche Gel-
tendmachung materieller Einwen-
dungen gegen die Vollstreckung
von Verwaltungsakten unter be-
sonderer Berücksichtigung der
Vollstreckungsgegenklage (§ 767
ZPO), Diss. Mainz 1970
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Rechts, 4. Auflage, München
1977
- Lehrbuch des Schuldrechts, 1.
Band, Allgemeiner Teil, München
1976
- Laubinger, Hans-Werner Der EVwVerfG 1973 - Inhaltsüber-
blick und Kritik, in: JA 1976,
339 - 342
- Lehmann, Heinrich/
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 15. Auflage, Ber-
lin 1966
- Lenz, Karl-Heinz Das Mißverständnis vom öffent-
lich-rechtlichen Vertrag, in:
JR 1971, 52 - 59
- Lerche, Peter Die verwaltungsgerichtliche Kla-
ge aus öffentlich-rechtlichen
Verträgen, in: Staatsbürger und
Staatsgewalt, Band II, S. 59 -
90, Karlsruhe 1963
- Löwenberg, Bernward Die Geltendmachung von Geldfor-
derungen im Verwaltungsrecht,
Berlin 1967
- Löwer, Kurt Der verwaltungsrechtliche Prozeß-
vergleich als materielles Rechts-
geschäft, in: VerwArch 56 (1965),
142 - 157, 236 - 277

- Martens, Joachim Normvollzug durch Verwaltungs-
akt und Verwaltungsvertrag, in:
AÖR 89 (1964), 429 - 471
- Mattern, Gerhard Vollstreckbarer Titel und steu-
erliches Verwaltungszwangsver-
fahren, Berlin 1941
- Vollstreckbare Titel im Verwal-
tungszwangsverfahren? in: NJW
1951, 544 - 547
- Maunz, Theodor Besprechung von Eyermann/Fröhler,
Kommentar zur Verwaltungsge-
richtsordnung, in: BayVBl. 1971,
399 - 400
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/
Herzog, Roman/
Scholz, Rupert Kommentar zum Grundgesetz, Lo-
seblattsammlung, Stand: Mai
1977
- Maurer, Hartmut Das Verwaltungsverfahrensgesetz
des Bundes, in: JuS 1976, 485 -
497
- Mayer, Franz Allgemeines Verwaltungsrecht,
4. Auflage, Stuttgart-München-
Hannover 1977
- Mayer, Franz/
Ule, Carl Hermann Staats- und Verwaltungsrecht in
Rheinland-Pfalz, Stuttgart 1969
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3.
Auflage, München-Leipzig 1924
- Besprechung von Apelt, Der ver-
waltungsrechtliche Vertrag, in:
AÖR 1 (1921), 244 - 247
- Zur Lehre vom öffentlich-recht-
lichen Verträge, in: AÖR 3 (1888),
3 - 86
- Mellwitz, Artur Anmerkung zum Urteil des BVerwG
vom 28. 3. 1962 - V C 100.61 -
in: DVBl. 1962, 601 - 604
- Menger, Christian-Friedrich Verwaltungsrichtlinien - autonome
Rechtsetzung durch die Exekutive ?
in: Demokratie und Verwaltung,
Schriften der Hochschule Speyer,
Bd. 50, Berlin 1972

- Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1964
- Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung vom öffentlichen und privaten Recht, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, S. 149 - 166, München 1973
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in:
 VerwArch 51 (1960), 149 - 163;
 VerwArch 52 (1961), 92 - 108, 196 - 211;
 VerwArch 55 (1964), 73 - 84;
 VerwArch 64 (1973), 203 - 208;
 VerwArch 69 (1978), 93 - 102
- Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 20. 1. 1965 - III A 604/65 - in: JZ 1965, 720 - 722
- Menger-Christian-Friedrich/
Erichsen, Hans-Uwe Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in:
 VerwArch 56 (1965), 278 - 295;
 VerwArch 57 (1966), 175 - 189;
 377 - 392;
 VerwArch 58 (1967), 171 - 186;
 VerwArch 60 (1969), 171 - 185;
 VerwArch 61 (1970), 82 - 93;
 168 - 182
- Meyer, Hans Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen, in: NJW 1977, 1705 - 1713
- Meyer, Hans/
Borgs-Maciejewski, Hermann Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt 1976
- Miedtank, Werner Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, Göttingen 1964
- v. Moers, Horst-Egon Probleme des Verwaltungszwangs zur Beitreibung von Geldbeträgen, Berlin 1939
- Müller, Horst Joachim Zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, in: Die Verwaltung 1977, 513 - 526

- Mussgnug, Reinhard Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, Heidelberg 1964
- von Mutius, Albert Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgelasten, in: VerwArch 65 (1974), 201 - 217
- Neumann Die Anfechtung formeller Verwaltungsakte, insbesondere der Festsetzung von Zwangsmitteln, in: DVBl. 1957, 304 - 306
- Obermayer, Klaus Verwaltungsverfahrensgesetz, Darmstadt 1976
- Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart-München-Hannover 1975
- Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in: RiA 1976, 101 - 110
- Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: BayVBl. 1977, 546 - 554
- von Oertzen, Hans-Joachim Verwaltungsverfahrensgesetz, Stuttgart 1977
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 37. Auflage, München 1978
- Pestalozza, Christian Privatverwaltungsrecht: Verwaltungsrecht unter Privaten, in: JZ 1975, 50 - 56
- Pieper, Goswin Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, in: DVBl. 1967, 11 - 19
- Pötter, Wilhelm Gegenwartsfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat, Band 3 (1964), 183 - 199
- Pünder, Tilman Der Verwaltungszwang zur Durchsetzung von gemeindlichen Verwaltungsakten nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Diss. Köln 1961

- Raebel, Bernd Anmerkung zum Urteil des VG Oldenburg vom 10. 4. 1975 - II A 19/75 S - in: DVBl. 1976, 406 - 409
- Rasch, E./
Patzig, W. Kommentar zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz, in: M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band I, 1. Halbband, S. 617 - 640, Köln-Berlin-Bonn-München 1962
- Raudszus, Helmut Der Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein und das Notariat, in: SchlHAnz. 1966, 193 - 197
- Rebhan, Manfred Öffentlich-rechtliche Verträge im Bereich des Erschließungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, Diss. Frankfurt 1971
- Redeker, Konrad Die Regelung des Öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf, in: DÖV 1966, 543 - 549
- Redeker, Konrad/
von Oertzen, Hans-Joachim Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage, Stuttgart 1978
- Renck, Ludwig Die Rechtsmittel gegen Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen, in: NJW 1964, 848 - 852
- Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge? in: NJW 1970, 737 - 741
- Renck, Ludwig/
Metzner, Richard Rechtsschutz gegen die Vollstreckung aus Verwaltungsakten, in: BayVBl. 1975, 637 - 641
- Renck-Laufke, Martha Rechtsfragen der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, in: BayVBl. 1976, 621 - 622
- Rietdorf, Fritz Kommentar für das Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Siegburg 1963
- Die Grenzen der rechtsprechenden Gewalt im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung, in: KKZ 1959, 17 - 20

- Rietdorf, Fritz . Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: DVBl. 1964, 293 - 302, 333 - 337
- Riffel, Hermann Die Beitreibung von Geldbeträgen im Verwaltungszwangsverfahren (im Vergleich mit der ZPO), Diss. Freiburg 1963
- Rohwer-Kahlmann, Harry Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Loseblattausgabe, Stand: November 1976
- von Rosen - von Hoewel, Harry Kommentar zum Verwaltungsvollstreckungs- und Verwaltungszustellungsgesetz, Berlin-Frankfurt 1953
- Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. 9. 1972 - V ZR 140/70 - in: JZ 1973, 421 - 422
- Rupp, Hans Heinrich Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in: JUS 1961, 59 - 62
- Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im "besonderen Gewaltverhältnis" und seine Durchsetzung, in: DVBl. 1963, 577 - 581
- Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, Tübingen 1965
- Salzwedel, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des Öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
- Schapals, Werner Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: BWVPr. 1978, 74 - 77
- Schenke, Wolf-Rüdiger Vollstreckungsschutz gegen Verwaltungsakte bei nach Bestandskraft entstandenen Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Anspruch, in: VerwArch 61 (1970), 260 - 273, 342 - 374
- Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, in: JuS 1977, 281 - 292

- Schröder, Jörg Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten, Berlin 1971
- Schunck, Egon/
De Clerck, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, Siegburg 1977
- Seeger, Richard Kommentar zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Baden-Württemberg, Stuttgart 1974
- Soergel, Hs. - Th./
Siebert, W. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1. Band, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Spanner, Hans Der Regierungsentwurf eines Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes, in: JZ 1970, 671 - 675
- Stahl, Henning Klagen aus Öffentlich-rechtlichen Verträgen, Diss. Münster 1973
- Staudinger, J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 1957
- Stein, Ekkehart Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in: AÖR 86 (1961), 320 - 331
- Stein, Friedrich Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912
- Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage, Band 1, Tübingen 1972, Band 3, Tübingen 1975
- Stein, Walter Der Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, in: DVBl. 1966, 595 - 598
- Stelkens, Paul Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978
- Stern, Klaus Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: VerwArch 49 (1958), 106 - 157

- Stern, Klaus Zur Problematik des energie-
wirtschaftlichen Konzessions-
vertrags, in: AÖR 84 (1959),
137 - 184, 273 - 330
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag,
in: Evangelisches Staatslexikon,
Sp. 2755 - 2757, 2. Auflage,
Stuttgart-Berlin 1975
- Stützle, Rudolf Verträge und Abgaben zur Deckung
kommunaler Folgekosten der Wohn-
siedlungstätigkeit, Diss. Göt-
tingen 1974
- Suchan, Franz-Martin Materiell-rechtliche Probleme
des verwaltungsgerichtlichen Ver-
gleichs im Subordinationsver-
hältnis, Diss. Frankfurt 1973
- Thieme, Werner Der verfassungswidrige Verwal-
tungsvertrag, in: NJW 1977, 2201
- 2205
- Thomas, Ernst-Günter Die Vollstreckung verwaltungsge-
richtlicher Entscheidungen, in:
BayVBl. 1967, 335 - 340
- Traulsen, Hans-Dietrich Die Rechtsbehelfe im Verwaltungs-
vollstreckungsverfahren, Berlin
1971
- Tschira, Oskar/
Schmitt Glaeser, Walter Verwaltungsprozeßrecht, 2. Auf-
lage, Stuttgart-München-Hannover
1975
- Verwaltungsverfahrensgesetz, Lo-
seblattausgabe, Stand: 2. Ergän-
zungslieferung
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, 2. Band,
2. Hälfte, München-Leipzig 1918
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht, 6. Auf-
lage, München 1975
- Vorbeugender Rechtsschutz im
Verwaltungsprozeßrecht, in:
VerwArch 65 (1974), 291 - 310

- Ule, Carl Hermann (Herausgeber) Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - Ergebnisse eines Planspiels, Speyer 1966 (zitiert: Ule, Planspiel)
- Ule, Carl Hermann/
Becker, Franz Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln-Berlin 1964
- Ule, Carl Hermann/
Laubinger, Hans-Werner Verwaltungsverfahrensrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1977
- Ule, Carl Hermann/
Sellmann, K.-A. Zum Stand der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: DVBl. 1967, 837 - 842
- Waldhausen, Hubertus Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz von Nordrhein-Westfalen, Köln 1977
- Warthuysen, Günter Die Vollstreckbarkeit öffentlich-rechtlicher Verträge, SKV 1965, 155 - 156
- Weingart, Olaf Können Beamte durch Verwaltungsakt (Leistungsbescheid) zum Ersatz von Eigenschäden des Dienstherrn herangezogen werden? in: DÖV 1967, 289 - 295
- Weiß, Fritz Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 - Bestandsaufnahme und Kritik, Diss. Tübingen 1971
- Weitemeyer, Klaus Der verwaltungsprozessuale Vergleich, Diss. Frankfurt 1966
- Wenzel, Joachim Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in: SKV 1974, 57 - 59
- Werner, Olaf Die Rechtsnatur der notariellen Urkunde, in: DNotZ 1969, 713 - 722
- Wiethaup, H. Über das Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeiträgen, in: DVBl. 1953, 135 - 137
- Winterstetter, Alfred Der Verwaltungsakt als Vollstreckungstitel, Diss. München 1967

- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht, Band III,
3. Auflage, München 1973
- Wolff, Hans-J./
Bachof, Otto Verwaltungsrecht, Band I, 9. Auf-
lage, München 1974, Band II, 4.
Auflage, München 1976
- Wulff, Claus Peter Zwangsvollstreckung aus Verwal-
tungsverträgen, Diss. Berlin
1970
- Zain, Claus Anmerkung zum Urteil des KG vom
24. 5. 1934 - 1 X 143/34 -, in:
DNotZ 1934, 596 - 598
- Zimmermann, Ulrich Anmerkung zum Urteil des OVG
Lüneburg vom 26. 2. 1976 - VI
A 199/75 -, in: DÖV 1977, 209 -
211
- Zschacke Die gesetzlichen Grundlagen des
Verwaltungszwangs und die Rechts-
mittel gegen Zwangsakte der Ver-
waltungsbehörden, in: MDR 1953,
12 - 14

Einleitung

Mit der vorliegenden Untersuchung soll versucht werden, die sich bei der Zwangsvollstreckung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen ergebenden Probleme zusammenhängend darzustellen.

Schon bisher wurde beklagt, daß diese Thematik nur wenig behandelt wurde¹. Eine Klärung dieser Fragen ist auch nicht durch das am 1. 1. 1977 in Kraft getretene Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes² (VwVfG) erfolgt. Darin hat der Gesetzgeber zwar Regelungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag und die Vollstreckung vertraglicher Ansprüche getroffen³, die die Bundesländer zumeist übernommen haben⁴. Das VwVfG enthält jedoch für den Bereich des Verwaltungsrechts nur die "für die Verwaltungspraxis unbedingt erforderlichen Vorschriften"⁵, die zudem schon

1 Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), S. 210 f; Lerche, S. 59 (66).

2 BGBI. 1976 I, S. 1253.

3 §§ 54 - 62 VwVfG.

4 Vgl. §§ 54 ff. LVwVfG BW vom 21. 6. 1977 (GBl. S. 227); Art. 54 ff. BayVwVfG vom 23. 12. 1976 (GVBl. S. 544); §§ 54 ff. BremVwVfG vom 15. 11. 1976 (GBl. S. 243); §§ 54 ff. HmbVwVfG vom 9. 11. 1977 (GVBl. S. 333); §§ 54 ff. HessVwVfG vom 1. 12. 1976 (GVBl. S. 454); §§ 54 ff. VwVfG NW vom 21. 12. 1976 (GV. S. 438); §§ 54 ff. SaarlVwVfG vom 15. 12. 1976 (ABl. S. 1151); - Verweisungsgesetze auf das VwVfG des Bundes haben folgende Länder erlassen: Berlin (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 8. 12. 1976 - GVBl. S. 2735), Niedersachsen (§ 1 Abs. 3, § 3 des Gesetzes vom 3. 12. 1976 - GVBl. S. 311) und Rheinland-Pfalz (§ 1 des Gesetzes vom 23. 12. 1976 - GVBl. S. 308). - §§ 121 ff. LVwG Schl.-Hol. beruhen auf einer Modifizierung der §§ 40 ff. EVwVfG 1963.

5 EVwVfG 1963, Begr. vor § 40, S. 186; Krinke, SKV 1976, 239.

vor Inkrafttreten dieses Gesetzes mehr Kritiker¹ als Befürworter² fanden.

Die Darstellung geht zunächst auf die Vollstreckungsvoraussetzungen und insbesondere darauf ein, unter welchen Voraussetzungen vertragliche Ansprüche ohne einen Titel vollstreckt bzw. falls erforderlich tituliert werden können³. Dabei sind mehrere Fallgestaltungen denkbar, die sich daraus ergeben, daß sowohl Vollstreckungsschuldner als auch Vollstreckungsgläubiger ein Bürger oder eine Behörde sein kann. In diesem Rahmen wird die zwangsweise Durchsetzung vertraglicher Ansprüche mit den Regelungen des Zivilrechts und der Vollstreckung von Verwaltungsakten verglichen.

Im Anschluß daran wird untersucht, mit welchen materiell-rechtlichen Einwendungen sich der Vollstreckungsschuldner erfolgreich gegen die Zwangsvollstreckung wehren kann. Dabei wird die Frage in den Vordergrund gestellt, ob der Vollstreckungsschuldner stets mit Erfolg geltend machen kann, der Vertrag sei inhaltlich rechtswidrig bzw. als Handlungsform unzulässig.

Schließlich wird erörtert, mit welchem Rechtsbehelf der Vollstreckungsschuldner sich auf diesen Einwand berufen und damit die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machen kann. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit zivilprozessuale Rechtsbehelfe bei der zwangsweisen Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche Anwendung finden.

1 Vgl. etwa Pötter, Der Staat, Bd. 3 (1964), 183 (184); Baring, DVBl. 1965, 180 ff; Redeker, DÖV 1966, 543 ff; Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 ff; Menger/Erichsen, VerwArch. 58 (1967), 171 (176 f.); Bosse, S. 84 f.; Haueisen, DVBl. 1968, 285 (288 f.); Spanner, JZ 1970, 671 (674); Lenz, JR 1971, 52 (59).

2 Kratzer, BayVBl. 1964, 273 (275 f.); Martens, AöR 89 (1964), 429 (466); Knack, DVBl. 1965, 709 (712); Ule/Becker, S. 65.

3 Die Art und Weise der Zwangsvollstreckung wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher erörtert, weil sich dabei keine Besonderheiten aus der öffentlich-rechtlichen bzw. vertraglichen Rechtsnatur der durchzusetzenden Ansprüche ergeben.

1. Kapitel

Begriffsbestimmungen und Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten

Zunächst ist es jedoch erforderlich, einige Begriffsbestimmungen vorzunehmen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag von ähnlichen Rechtsinstituten abzugrenzen.

A Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Der Begriff "öffentlich-rechtlicher Vertrag" wurde dem Sprachgebrauch des VwVfG folgend gewählt. Entsprechend der gesetzlichen Regelung¹ werden hierunter auch im Rahmen dieser Untersuchung nur verwaltungsrechtliche, also nicht auch staats-, kirchen- oder völkerrechtliche Verträge verstanden.

B Bezeichnung der Vertragsparteien

Ebenso wie im VwVfG wird das am Vertrag beteiligte Hoheitssubjekt als "Behörde" bezeichnet. Diese Ausdrucksweise ist jedoch nicht ganz korrekt, weil nach dem einschlägigen Organisationsrecht nicht die Behörde, sondern der jeweilige Träger öffentlicher Verwaltung aus dem Vertrag berechtigt oder verpflichtet wird².

Für den nicht mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteten "Vertragspartner der Behörde" (§ 56 VwVfG) wird die Bezeichnung "Bürger"³ bzw. "Zivilperson"⁴ verwendet.

1 § 1 Abs. 2 VwVfG; EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 188; zur Kritik an dieser Begriffswahl im VwVfG: Weiß, S. 2; Bisek, S. 4 f; Spanner, JZ 1970, 671 (674).

2 Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 27 II (S. 239); Meyer, NJW 1977, 1705 (1712).

3 So EVwVfG 1963, Begr. zu § 47, S. 203.

4 So Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 32 III c 2 (S. 209).

C Öffentlich-rechtlicher/privatrechtlicher Vertrag

Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages von ähnlichen Rechtsinstituten ist schon deshalb erforderlich, weil die einschlägigen Rechtsgrundlagen für die Zwangsvollstreckung unterschiedlich sind.

Zunächst werden die Kriterien für die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag untersucht.

I Abgrenzungskriterien

Nach § 54 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ein "Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts". Dieser Vorschrift ist nur zu entnehmen, daß das maßgebende Abgrenzungsmerkmal zum privatrechtlichen Vertrag nicht etwa die am Vertrag beteiligten Parteien, sondern der Gegenstand der Regelung ist. Dieser Ausgangspunkt war auch zum bisherigen Recht schon anerkannt¹.

Die Anknüpfung an den Vertragsgegenstand ermöglicht jedoch noch keine unmittelbare Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht. Die entscheidende Frage ist vielmehr, wann der Vertragsgegenstand einem bestimmten Rechtsgebiet zugeordnet werden muß².

¹ Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84.73 - in DVBl. 1976, 217 (218); BGH, Urt. v. 10. 2. 1972 - III ZR 205/70 - in DöV 1972, 314 (315); Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (242); Menger, VerwArch 52 (1961), 92 (101); Salzwedel, S. 90.

² Konrad, S. 32 ff; Rüfner, JZ 1973, 421; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 3 (S. 271 f.).

Insbesondere die Rechtsprechung stellt darauf ab, ob sich der Vertragsgegenstand "auf von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelte Sachverhalte" bezieht¹, d. h. wie das zu beurteilende Rechtsverhältnis gesetzlich vorgeregelt ist.

Dieser Abgrenzungsversuch hat jedoch zwei entscheidende Schwächen: zum einen führt er zu keinem Ergebnis, wenn die Beteiligten im gesetzlich nicht vorgeordneten Bereich pak-tieren²; zum anderen liefert er selbst kein Kriterium, um die Rechtsnatur des Vertrages zu bestimmen. Vielmehr wird das Einordnungsproblem auf die Frage verlagert, ob die einschlägige Norm dem öffentlichen oder privaten Recht an-gehört. Dies entscheidet sich wiederum nach der von Hans J. Wolff entwickelten Subjektstheorie³.

Systematisch richtiger ist es daher, die Rechtsnatur des Vertrages unmittelbar mit Hilfe der Subjektstheorie zu be-stimmen. So läßt sich der Satz aufstellen, daß ein Öffent-

1 BGH, Urt. v. 25. 4. 1960 - III ZR 81/59 - in BGHZ 32, 214 (216); Urt. v. 27. 3. 1961 - III ZR 6/60 - in BGHZ 35, 69 (71); Urt. v. 12. 7. 1971 - III ZR 252/68 - in BGHZ 56, 365 (368); BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1973 - IV C 22.72 - in DVBl. 1973, 800 (801); Urt. v. 22. 8. 1975 - IV C 7.73 - in DVBl. 1976, 309 (310); ausführliche Darstellung dieser Rechtsprechung bei Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 272 f.); zur Annäherung der anfangs divergierenden Rechtsprechung vgl. Menger, VerwArch 52 (1961), 92 (99 ff.); ders. VerwArch 64 (1973), 203 ff.

2 Bosse, S. 28; Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 25 II (S. 232); Menger/Erichsen, VerwArch 56 (1965), 278 (280); Rupp, JuS 1961, 59 (60); Schapals, BWVPr. 1978, 74 (75).

3 Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 22 c (S. 99 ff.); hierzu Menger, Festschr., S. 149 ff.

lich-rechtlicher Vertrag vorliegt, wenn die in ihm getroffene Regelung, wäre sie normativ erfolgt, dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist¹. Unter Einbeziehung dieses Gesichtspunktes kann die Legaldefinition des § 54 S. 1 VwVfG folgendermaßen präzisiert werden: ein Vertrag ist öffentlich-rechtlich, wenn Rechtssubjekt mindestens einer Rechtsbeziehung, die durch den Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden soll², notwendigerweise ein Träger öffentlicher Verwaltung ist³.

Diese Formel ermöglicht eine einheitliche Zuweisung jedes Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht. Im gesetzlich vorgeregeltten Bereich muß der als Norm fingierte Vertragsinhalt notwendigerweise demselben Rechtsgebiet zugeordnet werden wie der tatsächlich existierende Rechtssatz; im gesetzessfreien Raum schafft allein diese Fiktion die Voraussetzung, um die Rechtsnatur des Vertrages zu bestimmen.

1 Bettermann, JZ 1966, 445; Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, S. 22 III b 2 (S. 102); Menger, Festschr., S. 149 (164); ders. VerwArch 64 (1973), 203 (205); Bisek, S. 32; v. Mutius, VerwArch 65 (1974), 201 (205); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 273); Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 4; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 36; Stützle, S. 107 f; Weiß, S. 11.

2 Ob der von den Vertragsparteien beabsichtigte Erfolg tatsächlich eintritt, muß hier außer Betracht bleiben, weil die Rechtsnatur eines Vertrages nicht von seiner Wirksamkeit abhängen kann; vgl. Menger, VerwArch 52 (1961), 92 (101 FN 29); Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (547); abweichende Formulierungen etwa bei Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 25 II (S. 214 f. FN 15); Rüfner, JZ 1973, 421 (422).

3 Vgl. Bettermann, JZ 1966, 445; Bachof in Wolff-Bachof VwR I, § 44 II a II (S. 345); Bisek, S. 32 ff; Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 25 II (S. 232); v. Mutius, VerwArch 65 (1974), 201 (205); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 273); Wenzel, SKV 1974, 57 (59), Gern, S. 45 ff.

Dagegen vermögen die gegen diese Abgrenzungstheorie vorgebrachten Bedenken nicht zu überzeugen. Die Subjektstheorie ist hier nicht unanwendbar, weil zwischen den Vertragsparteien ein Gleichordnungsverhältnis besteht¹. Werden das öffentliche Recht und die Möglichkeit der Koordination in ein Ausschließlichkeitsverhältnis gesetzt, so kann es - wie dies schon Otto Mayer erkannt hat² - begrifflich keinen Vertrag zwischen Staat und Privaten geben.

Auch führt die Abgrenzung mit Hilfe der Subjektstheorie nicht zu dem Ergebnis, daß jeder Vertrag dem öffentlichen Recht zugeordnet werden muß, an dem ein Träger öffentlicher Verwaltung beteiligt ist³. Zwar beinhaltet die gedankliche Umsetzung der konkreten Vertragspflichten in eine Norm immer Sonderrecht der beteiligten Parteien⁴. Da "die Norm.. zur Regelung allgemeiner, der Ver-

1 So: EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 188; Scholz, VwR, S. 79; ähnlich Bullinger, Vertrag, S. 37; Salzwedel, S. 91 ff.

2 Nach Otto Mayer, AÖR 3 (1888), 3 (42) waren "wahre Verträge des Staates auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nicht denkbar", weil der Vertrag gleichberechtigte Subjekte voraussetze, das innerstaatliche Recht jedoch von dem einseitig bindenden Staatswillen beherrscht sei; ähnlich in AÖR 1 (1921), 244 (245) bei der Stellungnahme zu Apelt. Als "wirkliche Verträge öffentlich-rechtlicher Art" erkannte Otto Mayer, DVwR, Bd. II, S. 381 FN 1 "Verträge zwischen Selbstverwaltungskörpern" an. - Ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung und zum "Existenzkampf" des öffentlich-rechtlichen Vertrages: Stern, VerwArch 49 (1958), 106 (108 ff.); Bosse, S. 45 ff.

3 So aber: Erichsen/Martens, AllgVwR, § 25 II (S. 233); Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 21; Erichsen, VwR, S. 142.

4 So Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 21.

trag zur Gestaltung individueller Verhältnisse berufen" ist¹, erfordert die Fiktion einer rechtssatzmäßigen Regelung, daß der Vertragsinhalt von der Einzelfallregelung gelöst in eine abstrakt-generelle Regelung umgeformt wird². Dabei kann sich auch das Zuordnungsobjekt ändern, weil dieses materiell unter Anwendung der Subjektstheorie bestimmt wird. Enthält die fingierte Norm kein Sonderrecht, sondern einen Tatbestand, der von jedermann verwirklicht werden könnte, so handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag, obwohl die Vertragspartei eine Behörde ist.

II Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Zivilpersonen

Die Subjektstheorie beantwortet auch die Frage, ob es öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Zivilpersonen geben kann. Ein solches Rechtsverhältnis wird häufig angenommen, wenn die Rechtsordnung vorsieht, daß Private über die Zuordnung öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten bestimmen können³. Die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht kann jedoch nicht von dessen Wirksamkeit abhängen. Daher muß auch hier darauf abgestellt werden, ob eine Verpflichtung oder Berechtigung begründet, geändert oder aufgehoben werden soll, deren Zuordnungsobjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Verwaltung ist⁴.

1 Forsthoff, VwR I, § 14, 1 (S. 275); Lerche, S. 59 (61),

2 Bisek, S. 32.

3 Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 25 III (S. 234); ähnlich Apelt, S. 53; Bullinger, Vertrag, S. 76 FN 362; EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 194; Götz, JuS 1970, 1 (2); OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 11. 1970 - VI A 114/70 - in DVB1. 1972, 154 (155).

4 Vgl. Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II a (S. 345); Pestalozza, JZ 1975, 50 (54); Bay VGH, Urt. v. 30. 6. 1966 - 208 VIII 65 - in BayVBl. 1967, 134; Gern, S. 60 ff.

So ist etwa die (Teil-)Einigung der Beteiligten im Enteignungsverfahren - unabhängig von ihrer Wirksamkeit - ein öffentlich-rechtlicher Vertrag¹, weil dadurch die hoheitliche Berechtigung der Behörde aufgehoben werden soll, das Enteignungsverfahren durch eine einseitige Regelung in Form eines Verwaltungsaktes abzuschließen.

III. Mischverträge

Mit Hilfe der Subjektstheorie läßt sich auch klären, ob vertragliche Leistungsbeziehungen notwendig nur einem oder auch verschiedenen Rechtsgebieten zugeordnet werden können.

Ein Rechtssatz ist als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn berechtigtes o d e r verpflichtetes Zuordnungsobjekt ein Träger öffentlicher Gewalt ist². Gleiches muß auch für den als Norm gedachten Vertragsinhalt gelten, so daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt, wenn mindestens e i n e Leistungsbeziehung, die durch ihn begründet, geändert oder aufgehoben werden soll, dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist³.

Dieser Grundsatz hat für die Beurteilung eines zwischen Bürger und Behörde geschlossenen Vertrages folgende Konsequenzen: der Bürger wird sich regelmäßig nur zu solchen

1 § 110 Abs. 1 BBauG; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II b (S. 345); Forsthoff, VwR I, § 14 I (S. 276); Götz, JuS 1970, 1 (2); Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (549).

2 Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 22 II c (S. 99), § 22 III g (S. 103).

3 Vgl. Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II a (S. 345); Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 25 II (S. 231); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 273); Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (547).

Leistungen verpflichten wollen, die jedermann erbringen kann. So ist etwa die vertragliche Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme bzw. zur Erbringung einer Sachleistung für sich genommen eine neutrale Leistungspflicht. Ist auch die behördliche Gegenleistung nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen, so handelt es sich stets um einen privatrechtlichen Vertrag. Beurteilt sich jedoch die vertragliche Verpflichtung der Behörde nach öffentlichem Recht, so gilt dasselbe für die an sich neutrale Gegenleistung des Bürgers, falls diese in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Leistungspflicht der Behörde steht¹.

Damit bleibt zu klären, unter welchen Voraussetzungen die beiderseitigen Leistungspflichten derart verknüpft sind, daß die eine Leistungspflicht als unselbständiger Vertragsteil der Rechtsnatur der anderen folgt². Ein vergleichbarer Sachverhalt ist durch die Bestimmungen über die Teilnichtigkeit des Vertrages gesetzlich geregelt worden³. In entsprechender Anwendung der §§ 59 Abs. 3 VwVfG, 139 BGB kann daher folgender Grundsatz aufgestellt werden: eine vertragliche Leistungsbeziehung ist ein unselbständiger Vertragsteil und damit der Rechtsnatur des anderen akzessorisch, wenn nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den anderen abgeschlossen worden wäre.

1 BVerwG, Urt. v. 22. 8. 1975 - IV C 7.73 - in DöV 1976, 349; Urt. v. 6. 7. 1973 - IV C 22.72 - in DöV 1973, 709; Urt. v. 26. 6. 1957 - V C 109.56 - in BVerwGE 5, 128 (129); BGH, Urt. v. 31. 1. 1972 - III ZR 220/69 - in NJW 1972, 585; Urt. v. 29. 9. 1972 - V ZR 140/70 - in JZ 1973, 420 f; Konrad, S. 38; Rüfner, JZ 1973, 421 f; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 272); Salzwedel, S. 225; Frank, DVBl. 1977, 682 (690); Erichsen, VwR, S. 142.

2 Ausführlich hierzu Stahl, S. 105 - 126.

3 Ähnlich Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (268).

Dies bedeutet, daß Vertragsteile immer selbständig sind, wenn sie inhaltlich voneinander unabhängig und nur äußerlich miteinander verbunden sind¹. Andererseits kann eine selbständige Leistungspflicht nur vorliegen, wenn die vertraglichen Pflichten überhaupt teilbar sind, also die Möglichkeit besteht, bei Wegfall der einen die andere unverändert aufrechtzuerhalten². Schließlich können zwei an sich selbständige Vertragsteile einen einheitlichen Vertrag darstellen, wenn sie nach dem objektivierten Willen der Vertragsschließenden nicht für sich allein gelten, sondern miteinander "stehen und fallen" sollen, also rechtlich miteinander verbunden sind³.

Aus diesen Grundsätzen folgt für den in der Praxis wichtigsten Fall des Austauschvertrages: die Leistungspflicht des Bürgers ist der Rechtsnatur der behördlichen Gegenleistung jedenfalls akzessorisch, wenn die beiderseitigen Pflichten in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen. Darüber hinaus liegt ein untrennbarer Zusammenhang vor, wenn der Bürger seine Leistung erkennbar in der Erwartung verspricht, daß der Träger öffentlicher Verwaltung eine bestimmte hoheitliche Maßnahme ergreift oder unterläßt. So ist etwa die Leistungspflicht des Bürgers in einem Folgekostenvertrag auch dann öffentlich-rechtlich, wenn die von der Gemeinde zu er-

1 Vgl. RG, Urt. v. 12. 4. 1921 - III 406/20 - in RGZ 102, 63 (64) zu § 139 BGB; Palandt-Heinrichs, BGB, § 139 Anm. 2; Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 4.1; Kopp, VwVfG, § 54 Anm. 2 (S. 600).

2 Vgl. RG, Urt. v. 3. 10. 1918 - IV 213/18 - in RGZ 93, 334 (338); BGH, Urt. v. 14. 2. 1962 - V ZR 92/60 - in NJW 1962, 912 (913) jeweils zu § 139 BGB; Schapals, BWVPr. 1978, 74 (75).

3 Vgl. BGH, Urt. v. 30. 4. 1976 - V ZR 143/7 - in NJW 1976, 1931 (1932) zu § 139 BGB; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 59 RdNr. 36.

bringende Leistung nicht ausdrücklich in dem Vertrag geregelt, sondern für beide Teile erkennbar vorausgesetzt wird¹.

Von diesem Grundsatz der weitgehenden Akzessorietät der beiderseitigen Leistungspflichten ist der Fall zu unterscheiden, daß in dem Vertrag mehrere verschiedene Sachverhalte geregelt werden. Schuldet der Bürger der Behörde etwa 1.000,- DM aus dem Kauf eines gebrauchten Dienstfahrzeugs und weitere 1.000,- DM als Abgabenschuld, so steht es den Beteiligten frei, die Verpflichtung des Bürgers zur Zahlung von 2.000,- DM vertraglich festzulegen. Die gedankliche rechtssatzmäßige Umsetzung des Vertragsinhalts erfordert es hier, mehrere Rechtssätze zu fingieren, von denen der eine dem Privat-, der andere dem öffentlichen Recht angehört, weil ein einziger Rechtssatz nicht voneinander völlig unabhängige Rechtsverhältnisse regeln kann. Daraus folgt, daß es echte Mischverträge gibt², d. h. solche, deren Bestandteile teilweise dem öffentlichen und teilweise dem privaten Recht zuzuordnen sind³.

1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1973 - IV C 22.72 - in DöV 1973, 709; Urt. v. 22. 8. 1975 - IV C 7.73 - in DöV 1976, 349; BGH, Urt. v. 31. 1. 1972 - III ZR 220/69 - in NJW 1972, 585; Rüfner, JZ 1973, 421 (422); Konrad, S. 38; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 272).

2 So BVerwG, Urt. v. 22. 8. 1976 - IV C 7.73 - in DVBl. 1976, 309 (310); BGH, Urt. v. 29. 9. 1972 - V ZR 140/70 - in JZ 1973, 420; Urt. v. 21. 12. 1964 - III ZR 70/63 - in DVBl. 1965, 276 (277); OVG Lüneburg, Urt. v. 29. 3. 1968 - I A 54/66 - in DöV 1968, 803 (804); Kottke, S. 17 f.; Imboden, S. 109, 114; Konrad, S. 41; Weiß, S. 12 ff; Baur, DVBl. 1970, 824; Stern, AöR 84 (1959), 273 (324); Menger/Ericksen, VerwArch 56 (1965), 278 (280); Ciasen, DöV 1959, 281.

3 So beruht z. B. die Gründung der Ruhrkohle AG teilweise auf dem Abschluß von Mischverträgen.

Die Versuche, auch in derartigen Fällen den gesamten Vertragsinhalt als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren¹, führen dagegen zu der Konsequenz, daß die Vertragsparteien darüber bestimmen können, ob der von ihnen geschlossene Vertrag an den Vorschriften des privaten oder öffentlichen Rechts zu messen ist. So müßte etwa die Wirksamkeit eines Gesellschaftsvertrages gemäß § 161 HGB nach den (ungeschriebenen) Regeln des öffentlichen Rechts beurteilt werden, wenn sich der Kommanditist in dem Gesellschaftsvertrag nebenbei verpflichtet, die öffentlich-rechtliche Straßenreinigungspflicht² des Komplementärs zu erfüllen. In solchen Fällen kann allein die Aufspaltung des Vertragsinhalts in einen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Teil zu sachgerechten Ergebnissen führen.

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen: ein öffentlich-rechtlicher Vertrag liegt vor, wenn die in ihm getroffene Regelung, wäre sie normativ erfolgt, dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Aus der so modifizierten Subjektstheorie ergibt sich, daß es öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Zivilpersonen und echte Mischverträge geben kann.

D Öffentlich-rechtlicher Vertrag/Verwaltungsakt

Andere Kriterien müssen jedoch für die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt herangezogen werden, weil beide definitionsgemäß dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

1 Vgl. Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 25 II (S. 231 f.); Apelt, S. 132; Frank, DVBl. 1977, 682 (690); Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 4.1; v.d. Groeben/Knack, LVwG, § 121 RdNr. 3.2; Weiß, S. 118 ff.; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I 3 (S. 274); mißverständlich BVerwG, Urt. v. 5. 10. 1965 - IV C 26.65 - in BVerwGE 22, 138 (140 f.), wo auf den Schwerpunkt der Vereinbarung abgestellt wird; ähnlich auch Lerche, S. 59 (66 ff.).

2 Vgl. dazu OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 11. 1970 - VI A 114/70 - in DVBl. 1972, 154 (155); Pestalozza, JZ 1975, 50 (51).

Vor Inkrafttreten des VwVfG wurde ein Vertrag etwa angenommen, wenn die Beteiligten "sich gleichberechtigt gegenüberstehen"¹ oder beide auf den Vertragsinhalt gleichermaßen Einfluß nehmen können². Diese Abgrenzungsversuche können jedoch heute nicht mehr aufrechterhalten werden³, weil gemäß § 62 S. 2 VwVfG die Vorschriften des BGB für den öffentlich-rechtlichen Vertrag entsprechend gelten. Im Zivilrecht ist jedoch anerkannt, daß die faktische Überlegenheit eines Vertragspartners - etwa bei der Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen - das Zustandekommen eines Vertrages nicht ausschließt⁴.

Das maßgebende Abgrenzungskriterium liefert jetzt das VwVfG selbst. Nach der Legaldefinition des § 35 VwVfG ist ein Verwaltungsakt eine Maßnahme, die eine Behörde trifft, also eine einseitige Regelung. Dagegen ergibt sich aus §§ 145 ff. BGB, auf die § 62 S. 2 VwVfG verweist, daß ein Vertrag erst durch übereinstimmende Willenserklärung zustande kommt⁵.

1 BVerwG, Urt. v. 28. 6. 1968 - VII C 118/65 - in NJW 1969, 809; Ähnlich BVerwG, Urt. v. 21. 9. 1966 - V C 155.66 - in BVerwGE 25, 72 (78).

2 OVG Münster, Urt. v. 20. 4. 1966 - IV A 392/65 - in DÖV 1967, 271; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 RdNr. 59; OVG Berlin, Urt. v. 14. 1. 1972 - II B 64/69 - in JR 1972, 349 (350).

3 Vgl. Bosse, S. 30 ff; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 25; Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (98).

4 Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II a 2 (S. 345); Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (98).

5 Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 271); Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 24 (S. 229); Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II a 2 (S. 345); Bisek, S. 11; Kottke, S. 20; Obermayer, BayVBl. 1977, 546; Forsthoff, VwR I, § 14 (S. 278); so schon zum bisherigen Recht: Apelt, S. 56 f; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (249); Menger, Festschr., S. 149 (S. 155 FN 23); Stahl, S. 18; Imboden, S. 42; OVG Münster, Urt. v. 20. 4. 1966 - IV A 392/65 - in DÖV 1967, 271.

Dabei kommt es bei der Beurteilung einer konkreten Regelung allein auf den Willen an, den die Beteiligten objektiv erklärt haben¹. Selbst wenn das Gesetz im Einzelfall allein die Handlungsform des Verwaltungsaktes zuläßt, besteht keine Gewähr oder Vermutung dafür, daß die Beteiligten sich daran halten. Haben die Vertragsparteien in einem solchen Fall objektiv übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben, so liegt ein Vertrag vor, weil die Beteiligten dies gewollt haben. Auf einer anderen Ebene liegt die später zu behandelnde Frage, ob der beabsichtigte Erfolg von der Rechtsordnung gebilligt wird und daher auch tatsächlich eintritt.

Nach diesen Grundsätzen kann der Vertrag auch von dem sog. zweiseitigen², insbesondere dem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt abgegrenzt werden. Die Zustimmung des Bürgers ist beim Vertrag Voraussetzung für das Zustandekommen; beim mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt ist sie dagegen Bedingung für seine Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit. Der Unterschied liegt also darin, daß im letzteren Fall die Behörde allein, beim Vertrag dagegen beide Partner die Verantwortung für Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Regelung übernommen haben³.

1 Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II a 2 (S. 345); Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (99); Wenzel, SKV 1974, 57; Bosse, S. 35; Konrad, S. 64; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 271); Bisek, S. 15; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (249); Stein, AöR 86 (1961), 320 (321).

2 BVerwG, Urt. v. 21. 9. 1966 - V C 155.65 - in BVerwGE 25, 72 (78); Urt. v. 19. 10. 1972 - II C 28/72 - in VerwRspr. 24, Nr. 157, S. 683 (689 f.); Imboden, S. 42; Gitzinger, S. 21 ff.

3 Vgl. Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 48 IV (S. 408 f.); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 I (S. 271); Wenzel, SKV 1974, 57 f.; Bisek, S. 12 ff.; Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (671, 681); Menger, Festschr., S. 149 (155 FN 23); Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 18; Grund, DVBl. 1972, 884 (885); Schmidt-Salzer, NJW 1971, 5 (7); ders. VerwArch 62 (1971), 135 (150).

Ein Vertrag liegt somit vor, wenn ein bestimmter Rechtserfolg nach dem objektiv erklärten Willen durch übereinstimmende Erklärungen der Vertragspartner herbeigeführt werden soll. Lediglich ein Indiz hierfür ist die schriftliche Fixierung der Regelung und die Unterschrift beider Vertragsparteien¹.

E Subordinationsrechtlicher/koordinationsrechtlicher Vertrag

Sind damit die Kriterien festgestellt, mit deren Hilfe der öffentlich-rechtliche Vertrag von ähnlichen Rechtsinstituten abgegrenzt werden kann, so bleibt eine Unterscheidung innerhalb dieser Rechtsfigur von Bedeutung: die Unterteilung des öffentlich-rechtlichen Vertrages in sub- und koordinationsrechtliche Verträge.

Das VwVfG selbst verwendet zwar diese Bezeichnungen nicht, der Sache nach ergibt sich die Differenzierung aber aus § 54 S. 2 VwVfG². Diese Begriffe wurden auch nach Inkrafttreten des VwVfG überwiegend beibehalten³. Sie werden daher auch im Rahmen dieser Untersuchung verwendet.

1 § 57 VwVfG; vgl. Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 5; Kopp, VwVfG, § 54 Anm. 2 c (S. 602); Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (97); Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 26.

2 So ausdrücklich EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 195.

3 Bachof in Wolff-Bachof, VwR I § 44 II b, c (S. 345 f.) verwendet zusätzlich das Begriffspaar "homogene/heterogene" Verträge; ebenso BGH, Urt. v. 23. 6. 1975 - III ZR 76/73 - in DVBl. 1976, 77 (78). - Göldner, JZ 1976, 352 (353), ähnlich schon Kottke, S. 8, schlagen die Gegenüberstellung von "vertikalen" und "horizontalen" Verträgen vor. - Der subordinationsrechtliche Vertrag wird von Frank, DVBl. 1977, 682 und Schapals, BWVPr. 1978, 74 als "substituierender", von Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (671) als "verwaltungsaktersetzender" Vertrag bezeichnet. - Lerche, S. 59 (61) teilt die Verträge in "norm-korrigierende", "norm-abwendende" und "norm-ersetzende" ein; ihm folgend: Scholz, JR 1972, 351 (353); Raebel, DVBl. 1976, 406; OVG Münster, Urt. v. 6. 10. 1977 - III A 793/75 - in NJW 1978, 1542.

Die Abgrenzung zwischen beiden Vertragstypen wird teilweise danach vorgenommen, ob die Beteiligten generell gleichgeordnet sind oder nicht. Danach soll ein koordinationsrechtlicher Vertrag vorliegen, wenn an ihm zwei Träger hoheitlicher Verwaltung beteiligt sind; dagegen soll es sich stets um einen subordinationsrechtlichen Vertrag handeln, wenn ein Bürger mit einem Träger Öffentlicher Verwaltung paktiert¹. Diese Folgerung ist aber nicht zwingend, weil ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen zwei Hoheitsträgern, etwa im Verhältnis zwischen Kommunalaufsichtsbehörde und Gemeinde², bestehen kann. Die angeblich generell bestehende Gleichordnung zwischen Hoheitsträgern wird daher in Wahrheit aus dem Regel-Ausnahme-Prinzip hergeleitet.

Diese rein formale Abgrenzung nach den Vertragsbeteiligten findet jedenfalls in § 54 S. 2 VwVfG keine Stütze. Danach liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag vor, wenn die Behörde mit demjenigen einen Vertrag schließt, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Dies bedeutet, daß die Behörde eine einseitige Regelung erlassen "würde", falls der geplante Vertragsschluß nicht zustandekommt. Damit setzt die Vorschrift voraus, daß in Bezug auf den konkreten Vertragsgegenstand die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten rechtlich so vorgeregelt sind, daß die Behörde die Möglichkeit hat, diesen Sachverhalt auch durch

1 So: Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 24 (S. 229); Erichsen, VwR, S. 140; ähnlich: Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II b, c (S. 345 f.); Bisek, S. 37; Pieper, DVBl. 1967, 11; Göldner, JZ 1976, 352 (353); Grimmer, BB 1973, 1589 (1591); OVG Münster, Urt. v. 16. 2. 1971 - VIII A 512/68 - in OVG 26, 180 (181).

2 Vgl. Bullinger, Vertrag, S. 44; Kottke, S. 9; Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 3.2.

Erlaß eines Verwaltungsaktes zu regeln. Die Behörde muß also hinsichtlich des konkreten Vertragsgegenstandes potentiell berechtigt sein, einen Verwaltungsakt zu erlassen. Ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist somit dadurch gekennzeichnet, daß zwischen den Beteiligten ein potentielles Über- und Unterordnungsverhältnis besteht und dieses nicht aktualisiert wird, weil die Behörde stattdessen den Weg der vertraglichen Koordination wählt¹.

Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der konkrete Vertragsinhalt gedanklich in einen rechtmäßigen oder zumindest wirksamen Verwaltungsakt umgesetzt werden kann, weil nicht feststeht, welche einseitige Regelung die Behörde statt des Vertragsschlusses getroffen hätte. Entscheidend ist vielmehr, ob die Behörde generell berechtigt gewesen wäre, den konkreten Vertragsgegenstand überhaupt durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes zu regeln. Diese Überlegung wird durch § 59 Abs. 2 Ziff. 1 VwVfG bestätigt. Danach ist ein subordinationsrechtlicher Vertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Auch in diesem Falle liegt also begrifflich ein subordinationsrechtlicher Vertrag vor, dem das Gesetz jedoch die rechtliche Anerkennung versagt².

Andererseits ist es unerheblich, ob der betreffende Sachverhalt unmittelbar durch den Vertrag oder erst auf Grund des Vertrages geregelt werden soll. Besteht ein potentiell-

¹ Vgl. Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 25 ff.; Weiß, S. 4 ff.; Salzwedel, S. 41; Bullinger, Vertrag, S. 44; Kottke, S. 8 f.; Bosse, S. 15 f.; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 31; Haueisen, DVBl. 1968, 285 (286); Kopp, VwVfG, § 54 Anm. 3 c; Laubinger, JA 1976, 339; Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (548).

² Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 31; im Ergebnis ebenso: EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 194 f.; Bisek, S. 37; Kottke, S. 8 - a. A.: Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 25, 28.

les Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen den Parteien, so liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag daher auch vor, wenn sich die Behörde erst verpflichtet, einen Verwaltungsakt zu erlassen bzw. bei einer anderen Behörde zu beantragen¹.

Ein potentielles Subordinationsverhältnis im obigen Sinne kann sowohl zwischen zwei Trägern öffentlicher Verwaltung als auch zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung einerseits und einem Bürger andererseits bestehen. Damit sind zugleich die möglichen Parteien eines subordinationsrechtlichen Vertrages bestimmt.

Von dem subordinationsrechtlichen Vertrag ist der koordinationsrechtliche Vertrag lückenlos abzugrenzen; ein solcher liegt vor, wenn zwischen den Beteiligten kein potentielles Subordinationsverhältnis besteht, diese sich vielmehr von vornherein gleichgeordnet gegenüberstehen². Als mögliche Parteien eines koordinationsrechtlichen Vertrages kommen daher zwei Träger öffentlicher Verwaltung, zwei Bürger sowie ein Träger öffentlicher Verwaltung einerseits und ein Bürger andererseits in Betracht³.

1 BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975 - IV C 79/73 - in VerwRspr. 27, Nr. 31, S. 132 (135) zu § 121 schl.-hol. LVwVG; Frank, DVBl. 1977, 682; Müller, Die Verwaltung 1977, 513 (523 FN 41); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1 b (S. 275 f.); Kuhn, LVwG, § 121 Anm. 14; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 28.

2 Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 29; vgl. auch: Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II b (S. 345); Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 3.1; Obermayer, VwVfG, S. 71; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1 (S. 274); Maurer, JuS 1976, 485 (494).

3 Kopp, VwVfG, § 54 Anm. 3 b; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 29.

Ebenso wie es Verträge gibt, deren Vertragsteile teilweise dem privaten und teilweise dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, kann sich ein öffentlich-rechtlicher Vertrag aus sub- und koordinationsrechtlichen Elementen zusammensetzen. Soweit es sich dabei um selbständige Vertragsteile handelt¹, müssen diese getrennt nach dem Koordinations- oder Subordinationsrecht beurteilt werden².

F Vollstreckungsfähige Verträge

Unter dem Gesichtspunkt der Zwangsvollstreckung ergibt sich eine weitere Einteilung innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verträge. Die Zwangsvollstreckung kann nur aus solchen Verträgen betrieben werden, die einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben. Damit scheiden aus der vorliegenden Untersuchung die Verträge aus, durch deren Abschluß unmittelbar die beabsichtigte Rechtsfolge eintreten soll, also Verträge mit ausschließlich verfügendem³, feststellendem oder gestaltendem Inhalt⁴.

1 § 59 Abs. 3 VwVfG; s. dazu o. S. 10 f.

2 Vgl. Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 29.

3 Auch im Verwaltungsrecht gilt das Abstraktionsprinzip, so daß zwischen verpflichtenden und verfügenden Verträgen unterschieden werden muß; vgl. Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (258 ff.); Baring, DVBl. 1965, 180 (183); Redeker, DÖV 1966, 543 (544 f.); Menger/Erichsen, VerwArch 58 (1967), 171 (176); Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (678); Bosse, S. 76 f.; Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (547); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 2 (S. 276 f.); Grimmer, BB 1973, 1589 (1592).

4 Vgl. Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 17; Stahl, S. 3; Lerche, S. 82; Meyer, in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 7; Fliegeauf/Maurer, BWVPr. 1978, 31.

2. Kapitel

Die zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen

Bei der Zwangsvollstreckung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen sind vier Konstellationen denkbar, nämlich die Vollstreckung einer Behörde gegen einen Bürger, eines Bürgers gegen eine Behörde, zwischen zwei Behörden sowie zwischen zwei Bürgern. Die Vollstreckungsvoraussetzungen und das Vollstreckungsverfahren in diesen Fällen werden im folgenden der Reihe nach untersucht.

A Grundlagen der Zwangsvollstreckung

Zunächst werden jedoch die Grundlagen der Zwangsvollstreckung skizziert. Dies ist insbesondere erforderlich, weil im Verwaltungsrecht mehrere Vollstreckungsarten anerkannt sind. Neben der Zwangsvollstreckung aus einem Titel (§ 168 VwGO) ist die Selbstvollstreckung im Verwaltungswege (Verwaltungsvollstreckung)¹ möglich.

I Zwangsvollstreckung aus einem Titel

Die zwangsweise Durchsetzung nicht nur vertraglicher, sondern selbst gesetzlich begründeter Ansprüche ist im Zivilrecht nur auf Grund eines Titels möglich. Dasselbe gilt im Verwaltungsrecht jedenfalls dann, wenn ein Bürger Ansprüche gegen eine Behörde durchsetzen will. Als Titel kommt dabei jede öffentliche Urkunde in Betracht,

¹ Zum Begriff vgl.: OVG Münster, Beschl. v. 8. 10. 1958 - III B 573/58 - in MDR 1959, 428; Krüsselmann, S. 9 f.; Pünder, S. 167; Traulsen, S. 48 f.; Schmidt-Jortzig, DVB1. 1971, 297 (FN 2).

die einen materiellen Anspruch feststellt oder bezeichnet und vom Gesetz mit der Wirkung der Vollstreckbarkeit ausgestattet ist¹.

Die Titel lassen sich in Staats- und beurkundete Parteiakte einteilen². Staatsakt ist jede richterliche Entscheidung, die das Bestehen des materiellen Anspruchs bestätigt. Parteiakte sind der Prozeßvergleich und die notarielle Urkunde gemäß § 794 ZPO; bei den Parteiakten wird das Bestehen des materiellen Anspruchs nicht überprüft, sondern der Titel im Einvernehmen der Parteien durch die Beurkundung einer Amtsperson geschaffen. Die Zwangsvollstreckung aus einem Titel setzt somit die Entscheidung in einem gerichtlichen Erkenntnisverfahren (Staatsakt) oder zumindest das Einverständnis des Vollstreckungsschuldners (Parteiakt) voraus.

Die Zwangsvollstreckung aus einem zivilprozessualen Titel hängt weiterhin von der Erteilung der Vollstreckungsklausel ab³. In diesem Verfahren wird das Bestehen und die Vollstreckungsreife sowie bei bedingten Titeln gemäß § 726 ZPO auch der Eintritt der Bedingung geprüft; darüberhinaus hat der Gläubiger im Klauselverfahren die Möglichkeit, den Titel nach §§ 727 Abs. 2 ZPO gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners umschreiben zu lassen. Vor Beginn

1 Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. II 1.

2 Zu den Begriffen vgl.: Stein, Grundfragen, S. 13; Baur, Festschrift, S. 315 (317); Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. II 1.

3 Zuständig hierfür ist gemäß § 724 Abs. 2 ZPO der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des erstinstanzlichen Gerichts bzw. gemäß § 20 Ziff. 12, 13 RPflG der Rechtspfleger.

der Zwangsvollstreckung muß der Titel und in den Fällen des § 750 Abs. 2 ZPO auch die Vollstreckungsklausel dem Schuldner zugestellt werden. - Inwieweit diese zivilprozessualen Vollstreckungsvoraussetzungen auch für die Zwangsvollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Titeln gelten, wird im Laufe dieser Untersuchung näher erörtert.

Sind diese Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt, so ist in dem Vollstreckungstitel "der zu vollstreckende Anspruch derart verkörpert, daß für das Zwangsverfahren selbst nicht der Anspruch, sondern der Titel die formale Grundlage bildet; er ist der Träger der Vollstreckung"¹. Die Zwangsvollstreckung aus einem Titel ist damit von dem zu vollstreckenden Anspruch losgelöst. Dies bedeutet: Veränderungen des zugrundeliegenden Anspruchs lassen die Vollstreckbarkeit des Titels unberührt, solange diese nicht durch einen entsprechenden richterlichen Gestaltungsakt beseitigt wird². Dieses Begehren kann der Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage³ nach § 767 ZPO erreichen. Dabei können jedoch ursprüngliche Einwendungen gegen den durchzusetzenden Anspruch, also solche, die schon vor dem Ergehen des Titels entstanden sind, grundsätzlich⁴

1 Stein, Grenzen, S. 56.

2 Dieser in der ZPO anerkannte Grundsatz - vgl. etwa Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. II 2, § 767 Anm. I m.w.N. - gilt auch für die VwGO, weil § 167 VwGO für die Vollstreckung aus Titeln auf das 8. Buch der ZPO verweist; vgl.: OVG Münster, Beschl. v. 30. 6. 1970 - X B 946/69 - in DöV 1970, 718; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10. 12. 1973 - I B 155/73 - in DVBl. 1974, 371 (372); Arndt, S. 82 ff.; Langen, S. 129 ff.

3 Auch als Vollstreckungsabwehrklage bezeichnet, vgl. etwa Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 767 Anm. 1 A.

4 Ausnahmen: Restitutionsklage gemäß § 580 ZPO und solche Titel, die nicht in Rechtskraft erwachsen, wie z. B. die notarielle Urkunde (§ 797 Abs. 4 ZPO).

nicht mehr geltend gemacht werden, weil sie gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sind.

II Verwaltungsvollstreckung

Andere Grundsätze gelten dagegen bei der Verwaltungsvollstreckung. Diese sollen zunächst am Beispiel der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes dargestellt werden, um später untersuchen zu können, ob und inwieweit sie auch für die Vollstreckung vertraglicher Ansprüche gelten.

Erläßt die Behörde einen Verwaltungsakt, so kann sie diesen ohne Anrufung eines Gerichts gemäß §§ 1, 6 VwVG im Wege der Verwaltungsvollstreckung selbst zwangsweise durchsetzen.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 3 Abs. 1 VwVG setzt die Verwaltungsvollstreckung keinen vollstreckbaren Titel voraus¹. Zwar wird häufig formuliert, der Verwaltungsakt trage "seinen Titel in sich selbst"². Diese Auffassung widerspricht nicht nur dem Gesetzeswortlaut; sie zieht zudem überwiegend³ aus der angeblichen Titelfunktion des Verwaltungsaktes keine Folgerungen, die den oben aufgezeigten entsprechen.

1 BVerwG, Urt. v. 18. 11. 1960 - VII C 184.57 - in DVBl. 1961, 134 (135); Urt. v. 28. 6. 1968 - VII C 118/66 - in NJW 1969, 809 (810); VGH Kassel, Urt. vom 22. 5. 1962 - OS I 73.61 - in DVBl. 1963, 555 (556); Mattern, S. 27, 42; Wiet-haup, DVBl. 1953, 135 (136); v. Rosen-Hoewel, VwVG, § 3 Erl. I; Hauelsen, NJW 1956, 1457 (1458 f.); Kreiling, NJW 1963, 888 (889); Kautz/Riewald, VwZV, S. 16; Arndt, S. 59 - 64; Langen, S. 131 FN 10; Hartmann, S. 149 f.; Stein, Grenzen, S. 57; Traulsen, S. 178 ff.; Krüsselmann, S. 131; Winterstetter, S. 22; Rietdorf, KKZ 1959, 17 (20); Mattern, NJW 1951, 544 (546 f.).

2 Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 20 (S. 215); ähnlich: Renck, NJW 1964, 848 (849); Kreiling, hess. VwVG, § 1 Anm. 2; Altmeyer-Lahm, rh.-pf. VwVG, § 1 Anm. II 1; Schunck/De Clerck, VwGO, § 167 Anm. 3 a; Pünder, S. 130; Riffel, S. 35; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 9. 1. 1963 - V C 74/62 - in MDR 1963, 344 (345); Urt. v. 21. 2. 1964 - VI C 8/61 - in MDR 1964, 868 (870), wo Verwaltungsakte als Vollstreckungstitel bezeichnet werden.

3 Anders Renck, BayVBl. 1975, 637 (638 f.); BayVBl. 1976, 682 (683); dagegen Schenke, BayVBl. 1976, 680 (681).

Statt des Titels setzt § 3 Abs. 1 lit. b VwVG für die Verwaltungsvollstreckung von Geldforderungen neben einem Leistungsbescheid "die Fälligkeit der Leistung" voraus. Die Leistung kann aber nur fällig sein, wenn der durchzusetzende Anspruch überhaupt besteht¹. Daß die Verwaltungsvollstreckung von dem Bestehen des materiellen Anspruchs abhängt, ergibt sich ferner aus § 5 VwVG i. V. m. § 257 AO, wonach die Vollstreckung einzustellen ist und bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben sind, "wenn der Anspruch auf die Leistung erloschen ist". Daraus folgt, daß die Verwaltungsvollstreckung nicht formal von einem Titel, sondern materiell von dem durchzusetzenden Anspruch "getragen" wird. Die Verwaltungsvollstreckung wird damit unmittelbar kraft Gesetzes unzulässig, wenn der zugrundeliegende Anspruch gar nicht entstanden bzw. nachträglich erloschen ist².

Daraus ergibt sich: ursprüngliche Einwendungen gegen die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes kann der Vollstreckungsschuldner nach Ablauf der Anfechtungsfrist auch im Vollstreckungsverfahren nicht mehr geltend machen, weil der Verwaltungsakt den durchzusetzenden Anspruch zum Entstehen gebracht hat. Die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO bei der Zwangsvollstreckung aus Urteilen tritt daher bei der Vollstreckung von Verwaltungsakten auf Grund ihrer Bestandskraft ein³.

1 Vgl. Kautz/Riewald, VwZV, S. 533; Arndt, S. 92 FN 11: "Daß der Anspruch bestehen muß, erwähnt das Gesetz - als selbstverständlich - nicht." - Auch die Erzwingungsvollstreckung setzt einen bestehenden materiellen Anspruch voraus, wie sich unmittelbar aus §§ 10 - 12 VwVG ergibt, vgl. Arndt, S. 63.

2 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 12. 11. 1958 - IV B 890/58 - in MDR 1959, 429 (430); Arndt, S. 92; Langen, S. 34; Pünder, S. 398 f.; Winterstetter, S. 12, 15, 94 ff.; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 54 I 6 (S. 475 f.); Wolff, VwR III, § 160 I (S. 336); Schenke, VerwArch 61 (1970), 342 (352); Wiethaup, DVB1. 1953, 135 (136); Haueisen, DVB1. 1960, 39 (40); Neumann, DVB1. 1957, 304 (305); - a. A.: Krüsselmann, S. 137 f.

3 Insofern ist die Aussage richtig, § 767 Abs. 2 ZPO enthalte einen allgemeinen Rechtsgedanken - vgl. Fröhler, GewArch 1961, 119; Kienapfel, BWVB1. 1962, 165 (166); Groß, DVB1. 1962, 210 (211); Neumann, DVB1. 1957, 304 (305) - bzw. insofern "trage" der Verwaltungsakt die Vollstreckung - so Traulsen, S. 187 -.

Wesentliche Unterschiede ergeben sich jedoch bezüglich der nachträglichen Einwendungen. Hat der Vollstreckungsschuldner den durchzusetzenden Anspruch erfüllt, so bleibt die Zwangsvollstreckung aus einem Titel zulässig¹, während die Verwaltungsvollstreckung unzulässig wird, weil der durchzusetzende Anspruch nicht mehr "fällig" ist. - Selbst wenn die Behörde einen Verwaltungsakt zu Unrecht aufrechterhält, wird dessen zwangsweise Durchsetzung nicht erst unzulässig, wenn die Behörde durch richterliches Urteil zur Rücknahme des Verwaltungsaktes verpflichtet wird. Vielmehr kann der Vollstreckungsschuldner diesen Einwand schon im Vollstreckungsverfahren erfolgreich geltend machen, weil allein die entgegengesetzte materielle Rechtslage zur Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung führt².

1 §§ 775 Ziff. 4, 5 ZPO sehen nur die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung vor, während bereits vollzogene Maßnahmen gemäß § 776 ZPO bestehen bleiben. Deren Aufhebung kann der Schuldner gegen den Willen des Gläubigers nur mit der Vollstreckungsgegenklage erreichen. Vgl. etwa Stein, Grundfragen, S. 16 ff; Münzberg, in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. II 2, § 767 Anm. I 4 m.w.N. - Dagegen ist die Vollstreckung gemäß § 5 VwVG i.V.m. § 257 Abs. 1 Ziff. 3 AO in diesem Fall endgültig einzustellen - vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 257 RdNr. 31, 33 - und bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen sind aufzuheben (Abs. 2).

2 Vgl. BVerwG, Urt. v. 8. 5. 1958 - I C 181.57 - in BVerwGE 6, 321 (322 f.); OVG Münster, Urt. v. 18. 3. 1965 - III A 753/64 - in DöV 1965, 537 f.; OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 1971 - I A 98/70 - in OVG 27, 509 (511); VGH Bad.-Württ., Urt. v. 19. 1. 1972 - III 256/68 - in ESVGH 23, 111 (112); Hauelsen, NJW 1956, 1457 (1460); Neumann, DVBl. 1957, 304 (306); Kienapfel, BWVBl. 1962, 165 (166); Arndt, S. 90 f.; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 172 Anh. RdNr. 11 a; Kröller, S. 57 f.; - a.A.: Pünder, S. 400 ff.; Langen, S. 39 ff.

Der grundlegende Unterschied zwischen beiden Vollstreckungsarten liegt somit in folgendem: die Zwangsvollstreckung aus einem Titel ist von dem zugrundeliegenden Anspruch losgelöst; die Verwaltungsvollstreckung setzt dagegen keinen (gerichtlichen) Titel, sondern das materielle Bestehen des durchzusetzenden Anspruchs voraus.

B Zwangsvollstreckung einer Behörde gegen einen Bürger

Will eine Behörde Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gegen einen Bürger zwangsweise durchsetzen, so ist zunächst zu untersuchen, ob die Selbstvollstreckung im Verwaltungswege zulässig ist.

Diese Frage stellt sich allerdings nur, wenn der durchzusetzende Anspruch selbst unmittelbar durch den Vertrag begründet werden sollte.

Haben die Vertragspartner lediglich die Erfüllungsmodalitäten eines kraft Gesetzes bestehenden Anspruches abgeändert, so besteht neben dem Vertrag die ursprüngliche gesetzliche Pflicht fort, die dann so vollstreckt werden kann, als ob der Vertrag nicht hinzugetreten wäre¹. In diesem Fall handelt es sich nämlich nicht um die Vollstreckung aus einem Vertrag, sondern um die Durchsetzung normativer Ansprüche neben dem Vertrag².

1 Lerche, S. 59 (84 f.); ihm folgend: BVerwG, Urt. v. 13. 2. 1976 - IV C 44.74 - in DöV 1976, 353 (355); Hess VGH, Urt. v. 18. 11. 1968 - II OE 26/68 - in VerwRspr. 20, Nr. 236, S. 872 (875); OVG Münster, Urt. v. 16. 2. 1971 - VII A 512/68 - in DöV 1971, 500; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II f (S. 350); vgl. auch Grund, DVB1. 1972, 884 (885 Anm. 13).

2 Stahl, S. 82; ähnlich Lerche, S. 59 (85): "primär normativ begründeter" Anspruch.

Werden jedoch nicht nur die Erfüllungsmodalitäten eines gesetzlich bestehenden Anspruchs vertraglich geregelt, sondern wird dieser gesetzliche Anspruch selbst auch als vertraglicher Anspruch in die Vereinbarung miteinbezogen, so folgt daraus, daß die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen zueinander allein auf diese vertragliche Grundlage gestellt haben. Selbst wenn der Vertragsinhalt in einem solchen Fall mit der gesetzlich bestehenden Rechtslage übereinstimmt, kommt in dem Vertrag der übereinstimmende Parteiwille zum Ausdruck, daß der Vertrag jetzt die allein maßgebende Grundlage sein soll¹.

Hat sich der Bürger mit der Baubehörde z. B. darauf vertraglich geeinigt, daß er ein baufälliges Haus jedenfalls nicht innerhalb des kommenden Jahres abreißen muß, so darf die Baubehörde nach Ablauf der Jahresfrist eine Abbruchverfügung erlassen und selbst vollstrecken, weil durch den Vertrag nur die Erfüllungsmodalitäten eines normativ begründeten Anspruchs geregelt wurden. Hat sich der Bürger dagegen vertraglich verpflichtet, nach Ablauf des Jahres das Haus abbrechen zu lassen², so ergibt sich diese Pflicht - selbst wenn sie mit der objektiven Rechtslage übereinstimmt - unmittelbar aus dem Vertrag, so daß sich die Frage stellt, ob die Behörde diese Verpflichtung des Bürgers im Wege der Selbstvollstreckung durchsetzen darf.

1 Stahl, S. 81 f.; Lerche, S. 59 (85); Rebhan, S. 423, 425; - a.A.: OVG Berlin, Urt. v. 14. 1. 1972 - II B 64/69 - in NJW 1972, 1384 (1386); Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 262 f.).

2 Vgl. zu diesem Fall: OVG Münster, Urt. v. 21. 6. 1960 - VII A 1138/58 - in DöV 1960, 798 mit Besprechung von Rupp, JuS 1961, 59 (62); Menger, VerwArch 52 (1961), 196 (210 f.); Lerche, S. 84 f.; Götz, JuS 1970, 1 (6); DöV 1973, 301; Schenke, JuS 1977, 281 (287).

I Grenzen der behördlichen Selbstvollstreckungsbefugnis

Wieweit die Selbstvollstreckungsbefugnis einer Behörde reicht, ist nach wie vor ungeklärt. Im Anschluß an Anschütz wird teilweise die Meinung vertreten, "die Befugnis, obrigkeitliche Anordnungen zu erlassen, schließe das Recht ein, dieselben - nötigenfalls unter Anwendung von Zwang - in Vollzug zu setzen"¹, d. h. die Vollstreckungsgewalt einer Verwaltungsbehörde entspreche ihrer Verfügungsbefugnis². Die Gegenmeinung verlangt unter Hinweis auf den in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Gesetzesvorbehalt (positive Gesetzmäßigkeit³) eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung der Verwaltungsvollstreckung⁴.

Diese "Grundfrage des Verwaltungsrechts"⁵ ist für die Vollstreckung von Verwaltungsakten praktisch bedeutungs-

1 Anschütz, VerwArch 1 (1893), 389.

2 BVerwG, Urt. v. 21. 9. 1966 - V C 155.65 - in BVerwGE 25, 72 (78); BSG, Urt. v. 3. 7. 1956 - 1 RA 87/55 - in NJW 1956, 1415 (1416); Haueisen, NJW 1956, 1457 (1458); v. Rosen-v. Hoewel, VwVG, S. 16; Hartmann, S. 8 ff; Krüsselmann, S. 13 f.; Langen, S. 141; Riffel, S. 90; Winterstetter, S. 38 ff., jeweils m.w.N.

3 Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 30 III a (S. 183).

4 VG Berlin, Urt. v. 16. 6. 1950 - 1 B 31/50 - in DöV 1951, 49 (50); HambOVG, Urt. v. 27. 6. 1951 - Bf II 72/50 - in MDR 1951, 634; OVG Münster, Beschl. v. 16. 6. 1958 - II B 308/58 - in DöV 1958, 876 (877); Arndt, S. 31 ff.; Forsthoff, VwR I, § 15, 2 (S. 295); Renck, NJW 1964, 848 (850 FN 23); Kautz/Riewald, VwZV, S. 19; Pünder, S. 96 ff.; Stahl, S. 52; Seeger, bw VwVG, S. 11; Wulff, S. 93 ff.; Schmidt-Jortzig, DVBl. 1971, 297 f.

5 Haueisen, NJW 1956, 1457 (1458).

los geworden, weil §§ 1, 6 VwVG und die Landesgesetze entsprechende Ermächtigungsgrundlagen enthalten, so daß nur zweifelhaft sein kann, ob den Behörden dieses Vollstreckungsrecht originär oder derivativ zusteht¹.

Auch die Frage, ob Behörden befugt sind, vertragliche Ansprüche gegen einen Bürger im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, muß zuerst an Hand der gesetzlichen Vorschriften untersucht werden. Eine evtl. gewohnheitsrechtlich bestehende Vollstreckungsbefugnis der Behörden findet jedenfalls an den geltenden Gesetzen ihre Grenzen. Es ist daher zu untersuchen, ob die VwVG'e generell oder bestimmte Gesetze speziell die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Verwaltungswege ausdrücklich zulassen bzw. ausschließen.

1) Anwendbarkeit des VwVG gemäß §§ 1, 6 VwVG

Die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung beurteilt sich nach dem VwVG des Bundes und der Länder. Die landesrechtlichen Regelungen² stimmen im wesentlichen mit der bundesrechtlichen überein. Es wird daher zunächst das VwVG des Bundes zugrundegelegt; landesrechtliche Besonderheiten werden am Schluß des Kapitels erörtert.

Das VwVG unterscheidet zwischen der zwangsweisen Durchsetzung von Geldforderungen (§§ 1 - 5) und der Erzwingungsvollstreckung, d. h. der Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen (§§ 6 - 18).

¹ Vgl. Wolff, VwR III, § 160 I (S. 324); Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 20 (S. 215); Altmeyer/Lahm, rh-pf VwVG, § 3 Erl. I; Langen, S. 7 FN 2.

² LVwVG BW vom 12. 3. 1974 (GBI. S. 93); Bay VwVZG vom 11. 11. 1970 (GVBl. S. 1); Berl VwVerfG vom 2. 10. 1958 (GVBl. S. 951); Brem VwVG vom 1. 4. 1960 (GBI. S. 37); Hmb VwVG vom 13. 3. 1961 (GVBl. S. 79); Hess VwVG vom 4. 7. 1966 (GVBl. S. 151); VwVG NW vom 23. 7. 1957 (GVBl. S. 216); Rh-pf VwVG vom 8. 7. 1957 (GVBl. S. 101); Schl-hol LVwG vom 18. 4. 1967 (GVBl. S. 131, §§ 239 - 299).

a) Vollstreckung von Geldforderungen

Sämtliche öffentlich-rechtlichen Geldforderungen können auf Grund der Generalklausel des § 1 Abs. 1 VwVG im Verwaltungswege vollstreckt werden, ohne daß es einer besonderen Verweisung auf das VwVG bedarf¹. Als Ausnahme von diesem Grundatz bestimmt § 1 Abs. 2 VwVG, daß solche öffentlich-rechtlichen Geldforderungen ausgenommen sind, die "im Wege des Parteistreites vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden". Vertraglich begründete Ansprüche können daher nicht nach dem VwVG im Verwaltungswege vollstreckt werden, wenn sie im Wege des Parteistreites geltend zu machen sind.

Der Begriff "Parteistreitigkeit" war in dem früher geltenden § 85 Abs. 1 VGG² enthalten und dort als Streitigkeit des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern definiert. Die erforderliche Gleichordnung wurde dort in einem faktisch-prozessualen Sinn verstanden; sie war gegeben, wenn im konkreten Fall keine "potentiell verbindliche Entscheidung" des Hoheitsträgers ergangen war³. Die Abgrenzung zwischen Anfechtungsklage und Parteistreitigkeit war also allein vom faktischen Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängig; dessen rechtliche Zulässigkeit betraf dagegen die Begründetheit der Klage.

1 Haueisen, NJW 1956, 1457 (1458); VGH Kassel, Urt. v. 22. 5. 1962 - OS I 73.61 - in DVB1. 1963, 555 (556); ähnlich: BVerwG, Urt. v. 16. 9. 1977 - VII C 13/76 - in NJW 1978, 335 (336); Stahl, S. 53; Rasch/Patzig, VwVG, § 1 Erl. II 1.

2 Abgedruckt bei Stahl, S. 9 FN 1.

3 Menger, System, S. 220; ders. VerwArch 51 (1960), 149 (154); Rupp, DVB1. 1963, 577; Lerche, S. 59 (71); Engelhardt, VwVG, § 1 Anm. 11; Stahl, S. 9; Wulff, S. 104 f.; Hegel, DÖV 1965, 413 (414).

Schon frühzeitig wurde erkannt, daß diese Auslegung der "Parteistreitigkeit" nicht auf § 1 Abs. 2 VwVG übertragen werden kann. Andernfalls liefe die Vorschrift leer, weil die Behörde die Möglichkeit hat, einen - auch rechtswidrigen - Verwaltungsakt zu erlassen und diesen zu vollstrecken¹. Der Begriff "Parteistreit" in § 1 Abs. 2 VwVG muß daher in einem materiellrechtlichen Sinne verstanden werden. Eine solche Streitigkeit liegt nur vor, wenn die Behörde materiell nicht zum Erlass eines Verwaltungsaktes ermächtigt ist². Liegt diese Voraussetzung vor, so ist die Verwaltungsvollstreckung nach dem VwVG nicht zulässig.

Damit verlagert sich die Frage, ob vertraglich begründete Geldforderungen im Verwaltungswege nach dem VwVG vollstreckt werden dürfen, auf das Problem, ob die Behörde vertragliche Leistungspflichten durch den Erlass eines Verwaltungsaktes verbindlich festlegen darf.

Die generellen Voraussetzungen, unter denen die Behörde berechtigt ist, einen Verwaltungsakt gegenüber einem Bürger zu erlassen, sind umstritten. In der Lehre wird überwiegend unter Hinweis auf den Vorbehalt des Gesetzes eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gefordert, die zu dem Erlass einer einseitig verbindlichen Regelung berechtigt³.

1 Rupp, DVBl. 1963, 577; Menger, VerwArch 55 (1964), 73 (82); Arndt, S. 48 FN 40; Stahl, S. 9; Engelhardt, VwVG, § 1 Anm. 11; Wulff, S. 18; - a.A.: Eckert, DVBl. 1962, 11 (21).

2 Neben den zuvor Genannten: BVerwG, Urt. v. 21. 9. 1966 - V C 155.65 - in BVerwGE 25, 72 (78); Urt. v. 28. 6. 1968 - VII C 118/66 - in NJW 1969, 809 (810); OVG Koblenz, Urt. v. 10. 11. 1959 - 2 C 31/58 - in DVBl. 1960, 175 (177).

3 Vgl. etwa Rupp, DVBl. 1963, 577 ff.; Menger, VerwArch 55 (1964), 73 (82); Arndt, S. 21 ff.; Löwenberg, S. 96 ff.; Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 30 III a (S. 183 f.); - Nach dem Inkrafttreten des VwVfG wird § 48 Abs. 2 S. 8 teilweise als Ermächtigungsgrundlage angesehen (so: Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 18 II 3, S. 207); nach BVerwG, Urt. v. 17. 3. 1977 - VII C 59/75 - in NJW 1977, 1838 (1839) hat diese Vorschrift nur klarstellenden Charakter; kritisch hierzu Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (100 f.).

Dagegen läßt die Rechtsprechung Leistungsbescheide auch ohne ausdrückliche Ermächtigung auf Grund von Gewohnheitsrecht zu, und zwar insbesondere zur Rückforderung zu Unrecht gezahlter Subventionen¹ und für Erstattungsansprüche innerhalb von Sonderverhältnissen². Dabei wird eingeräumt, daß sich die Ermächtigungsgrundlage nicht aus dem VwVG ergibt³. Auch die Rechtsprechung erkennt jedoch - im übrigen unter Beibehaltung der sog. "Kehrseitentheorie"⁴ - ausdrücklich an, daß die Konkretisierung vertraglicher Ansprüche durch Erlaß eines Leistungsbescheides der "Waffengleichheit" und "der spezifisch vertraglichen Gleichordnung der Beteiligten" widersprechen würde⁵.

Früher ging man dagegen überwiegend davon aus, daß die Erfüllung einer vertraglich begründeten Leistungspflicht von der Behörde ebenso durch den Erlaß eines Verwaltungs-

-
- 1 Sog. Kehrseitentheorie: BVerwG, Urt. v. 26. 2. 1965 - VII C 71.63 - in BVerwGE 20, 295 (297); Urt. v. 21. 4. 1972 - VII C 68.70 - in BVerwGE 40, 85 (89); Urt. v. 17. 3. 1977 - VII C 79/75 - in NJW 1977, 1838 (1839); - kritisch hierzu: Menger/Erichsen, VerwArch 61 (1970), 168 (177 f.); Menger, VerwArch 69 (1978), 93 ff. m.w.N.
 - 2 BVerwG, Urt. v. 24. 4. 1959 - VI C 91.57 - in BVerwGE 8, 261; Urt. v. 19. 12. 1961 - II C 9.61 - in BVerwGE 13, 248; Urt. v. 6. 5. 1964 - VIII C 394.63 - in BVerwGE 18, 283 (285 ff.).
 - 3 BVerwG, Urt. v. 28. 6. 1968 - VII C 118/66 - in NJW 1969, 809 (810).
 - 4 BVerwG, Urt. v. 17. 3. 1977 - VII C 59/75 - in NJW 1977, 1838 (1839).
 - 5 BVerwG, Urt. v. 13. 2. 1976 - IV C 44.74 - in DöV 1976, 353 (355); bestätigt durch Urt. v. 17. 3. 1977, a.a.O.; im Ergebnis ebenso: OVG Münster, Urt. vom 19. 4. 1967 - III A 1/67 - in DöV 1967, 722 f.; Urt. v. 25. 11. 1977 - VII A 64/75 - in DVBl. 1977, 903 (905); Hess VGH, Urt. v. 18. 11. 1968 - II OE 26/68 - in VerwRspr. 20, Nr. 236, S. 872 (874 f.); BSG, Urt. v. 10. 11. 1972 - 5 R Kn 81/70 - in NJW 1973, 776.

aktes gefordert und durchgesetzt werden kann wie die Erfüllung einer unmittelbar auf einem Gesetz beruhenden Verpflichtung¹.

Diese Meinung kann jedoch nicht aufrechterhalten werden. Unabhängig davon, ob eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung zum Erlaß von Verwaltungsakten besteht, darf die Behörde eine einseitig verbindliche Regelung nur erlassen, wenn sich der Bürger ihr gegenüber in einem Subordinationsverhältnis befindet. Ein solches besteht bei einem koordinationsrechtlichen Vertrag schon definitionsgemäß² nicht. Bei einem subordinationsrechtlichen Vertrag liegt zwischen den Parteien zwar bis zum Abschluß des Vertrages ein potentiell Über- und Unterordnungsverhältnis vor, das jedoch noch durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes konkretisiert werden muß. Macht die Behörde von der Ausübung dieser Hoheitsbefugnis keinen Gebrauch - etwa weil sie ein Einschreiten aus Opportunitätsgründen unterläßt oder wie hier einen Vertragsschluß vorzieht -, so entsteht überhaupt kein konkretes Subordinationsverhältnis. Entschließt sich die Behörde zu einer vertraglichen Regelung, so wird das potentielle Subordinationsverhältnis in ein aktuelles Koordinationsverhältnis umgewandelt, das die Ausübung von Hoheitsrechten gerade ausschließt³.

Es ist daher heute anerkannt, daß die Behörde materiell nicht berechtigt ist, vertraglich begründete Ansprüche

1 HamboVG, Urt. v. 6. 8. 1954 - Bf II 296/53 - in VerwRspr. 8, Nr. 52, S. 228 (230); OVG Münster, Urt. v. 21. 6. 1960 - VII A 1138/58 - in DöV 1960, 798 (800); Imboden, S. 104 f.; Salzwedel, S. 39; Barocka, VerwArch 51 (1960), 1 (19); Eckert, DVB1. 1962, 11 (21); Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (261 f.); Gitzinger, S. 79; Janknecht, S. 95; - a.A.: Ipsen, DVB1. 1956, 602 (605, 612); Haueisen: NJW 1956, 1457 (1458 FN 20); - zweifelnd: Menger, VerwArch 52 (1961), 196 (210); Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (260); Bachof, VerwRspr. II, S. 23; Warthuyzen, SKV 1965, 155 f.

2 S. o. S. 19.

3 S. o. S. 17 f.

durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes geltend zu machen¹.

Damit fallen die durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründeten Geldforderungen unter den Begriff des "Parteistreites" i. S. § 1 Abs. 2 VwVG, so daß diese Geldforderungen nicht im Wege der Verwaltungsvollstreckung nach dem VwVG vollstreckt werden dürfen. Dies bedeutet nicht nur, daß das VwVG nicht anwendbar ist; vielmehr ergibt sich unmittelbar aus § 1 Abs. 2 VwVG, daß diese Forderungen "vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden", also tituliert werden müssen², bevor sie zwangsweise durchgesetzt werden dürfen³.

Aus § 1 Abs. 2 VwVG folgt somit, daß die Selbstvollstreckung vertraglich begründeter Geldforderungen im Verwaltungswege grundsätzlich unzulässig ist. Etwas anderes kann sich nur daraus ergeben, daß ein Gesetz im Einzelfall die Durchsetzung solcher Forderungen im Verwaltungswege ausdrücklich für zulässig erklärt.

1 EVwVfG 1963, Begr. zu § 47, S. 203 f.; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II f (S. 349 f.); Lerche, S. 59 (86 ff.); Bullinger, DöV 1977, 812 (820); Redeker, DöV 1966, 543 (546); Forsthoff, VwR I, § 15, 1 (S. 291); Obermayer, Grundzüge, S. 145; Mayer, Allg. VwR, S. 195; Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 II (S. 308); Kottke, S. 136 f.; Weiß, S. 130 ff.; Konrad, S. 177 f.; Bosse, S. 89 ff.; Grund, DVBl. 1972, 884 (885); Löwenberg, S. 61 f.

2 Zur sprachlich mißglückten Fassung des § 1 Abs. 2 VwVG, vgl. Lerche, S. 59 (88).

3 So im Ergebnis: Ipsen, DVBl. 1956, 602 (612); Lerche, S. 59 (87 f.); Wolff, VwR III, § 160 III a (S. 333); Gitzinger, S. 80; Wulff, S. 18, 89; - a.A.: Rebhan, S. 424.

b) Erzwingungsvollstreckung

Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich aus § 6 VwVG für Verträge, in denen sich der Bürger zu Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen verpflichtet. Diese Vorschrift erklärt den Verwaltungszwang nur für zulässig, soweit solche Pflichten Inhalt eines Verwaltungsaktes sind. Damit ist die Anwendung von Verwaltungszwang grundsätzlich ausgeschlossen, wenn diese Pflichten vertraglich begründet werden¹.

2) Anwendbarkeit des VwVG gemäß § 61 VwVfG

Eine Vorschrift, die das VwVG für die Vollstreckung vertraglicher Ansprüche für anwendbar erklärt, ist § 61 VwVfG². Danach ist das VwVG entsprechend anzuwenden, wenn sich der Bürger in einem subordinationsrechtlichen Vertrag der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat.

Durch diese als Ausnahme gefaßte Vorschrift wird die Regel bestätigt, daß die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich unzulässig ist³. Aus diesem Gegenschuß ergibt sich zum einen, daß das

¹ Lerche, S. 59 (87); Stahl, S. 16; Engelhardt, VwVG, § 1 Anm. 15.

² Ähnlich die Unterwerfungserklärung nach § 6 Abs. 2 Ziff. 2 ErstG, aus der gemäß § 7 ErstG die Vollstreckung im Verwaltungswege stattfindet. Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nicht auf Verträge.

³ Göldner, JZ 1976, 352 (357 FN 48); Stahl, S. 53 FN 6; Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 2; Erichsen; VerwArch 68 (1977), 65 (71); Konrad, S. 177; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 6, 10; Bisek, S. 161; Klückmann, SKV 1977, 98 (102); v. d. Groeben/Knack, LVwG, § 128 RdNr. 1; Scholz, VwR, S. 90.

VwVG auch nicht analog auf vertragliche Ansprüche angewendet werden kann¹. Zum anderen ist diese Folgerung insofern von Bedeutung, als die meisten Bundesländer in ihre VwVG'e keine § 1 Abs. 2 BVwVG entsprechende Vorschrift aufgenommen haben², in ihren VwVfG'en aber der Regelung des § 61 BVwVfG gefolgt sind³. In diesen Fällen ergibt ein Umkehrschluß aus der § 61 BVwVfG entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift, daß die Selbstvollstreckung vertraglicher Ansprüche im Verwaltungswege grundsätzlich unzulässig ist.

Dieses Ergebnis wird teilweise darüberhinaus mit einem Gegenschluß aus § 168 VwGO begründet, der zwei Sonderfälle von Verträgen - den gerichtlichen Vergleich und den für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch - unter den Vollstreckungstiteln der VwGO aufführt⁴. Dieses Argument dürfte aber nur begrenzt tragfähig sein, weil in § 168 VwGO die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Titel, nicht aber der Verwaltungsvollstreckung geregelt ist.

Jedenfalls ergibt sich für das Bundesrecht unmittelbar aus §§ 1, 6 VwVG, daß eine Behörde Ansprüche aus öffent-

1 Ausführlich hierzu: Stahl, S. 55 ff.

2 Z. B. § 1 VwVG NW; einige LVwVG'e gelten jedoch ausdrücklich nur für die Vollstreckung von Verwaltungsakten (§ 1 Abs. 1 LVwVG BW, Art. 18 Bay VwVZG, § 1 Abs. 1 Hess VwVG); andere lassen ausdrücklich die Verwaltungsvollstreckung aus Verträgen nur zu, wenn sich der Schuldner der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat (§§ 220, 295 Schl-hol LVwG).

3 Vgl. die Zusammenstellung bei Ule/Laubinger, VwVfR, Anhang, S. 333 f. und die Synopse bei v. Oertzen, VwVfG, S. 79 ff.

4 Lerche, S. 87; Rebhan, S. 424 f.; Weiß, S. 129 ff.

lich-rechtlichen Verträgen im Verwaltungswege nur vollstrecken darf, wenn eine spezielle Vorschrift die Verwaltungsvollstreckung ausdrücklich für zulässig erklärt.

II Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung

Die einzige Vorschrift des Bundesrechts, die das VwVG für die Vollstreckung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen für anwendbar erklärt, ist § 61 VwVfG.

- 1) Rechtsfolge der Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG

Zu untersuchen ist daher, ob durch die in § 61 VwVfG vorgesehene Unterwerfungserklärung des Bürgers¹ der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet wird.

Nach der amtlichen Begründung beruht § 61 VwVfG auf der Erwägung, daß es dem Wesen des Vertrages entspricht, wenn "jede Vertragspartei nur durch Klage zu einem Vollstreckungstitel gelangt, außer wenn sich der Vertragspartner der sofortigen Vollstreckung aus dem Vertrage unterworfen hat"². Wohl in Anschluß an diese Stelle wird auch in der Literatur überwiegend angenommen, durch die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG werde ein Vollstreckungstitel geschaffen. Teilweise wird ausdrücklich ausgeführt, § 61 VwVfG erweitere "die Zahl der verwaltungsrechtlichen Vollstreckungstitel nach § 168 VwGO"³, teilweise wird aber

1 Zur Unterwerfungserklärung der Behörde gemäß § 61 VwVfG s.u.S. 85 ff.

2 Amtl. Begr. zu § 57, BT-Drucks. VII 910, S. 83; amtlt. Begr. zu § 48, BT-Drucks. VI 1173, S. 66; EVwVfG 1963, Begr. zu § 47, S. 203.

3 Bisek, S. 160; Stahl, S. 80; ähnlich: Rebhan, S. 423; Ule, Planspiel, S. 99; Konrad, S. 176; Weiß, S. 130; Martens, AÖR 89 (1964), 429 (440); vgl. auch Raudszus, SchlHanz. 1966, 193 (197): Vollstreckungstitel, der "einem Urteil gleichsteht"; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II f (S. 350): "Vollstreckungsklausel".

auch der Vertrag selbst als "Vollstreckungstitel" bezeichnet, wenn er eine Unterwerfungserklärung gemäß § 61 VwVfG enthält¹.

Diese letzte Formulierung ist jedenfalls unpräzise: ein Vertrag selbst kann niemals ein Vollstreckungstitel sein. Zwar bestimmten §§ 168 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO, 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO, daß die Zwangsvollstreckung u. a. aus gerichtlichen Vergleichen betrieben werden kann. Vollstreckungstitel ist in diesem Fall jedoch nicht schon der materiell-rechtliche Vertrag, sondern erst der entsprechenden Beurkundungsakt des Gerichts².

Von dieser sprachlichen Ungenauigkeit abgesehen bleibt zu klären, ob durch die Unterwerfungserklärung eines Bürgers nach § 61 VwVfG ein Vollstreckungstitel geschaffen wird, aus dem Zwangsvollstreckung stattfindet oder ob der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet wird, die gemäß § 3 VwVG keinen Vollstreckungstitel voraussetzt³.

Vorbild für die Regelung des § 61 VwVfG war § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO⁴, der die notariell beurkundete Unterwerfungserklärung des Vollstreckungsschuldners unter den zivil-

1 Redeker, DÖV 1966, 543 (545); v. d. Groeben/Knack, LVwG, § 128 RdNr. 2, 4; Schapals, BWVPr. 1978, 74 (78); Rietdorf, DVBl. 1964, 333 (336); Schleicher, VwVfG, Anm. zu § 61; Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 4; Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 1.

2 Vgl. etwa Münzberg in Stein-Jona, ZPO, vor § 704 Anm. I; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25. 11. 1977 - I D 1/77 - in NJW 1978, 1543 f.

3 Zu den grundlegenden Unterschieden beider Vollstreckungsarten s. o. S. 21 ff.

4 EVwVfG 1963, Begr. zu § 47, S. 204.

prozessualen Vollstreckungstiteln aufführt. Dagegen hat der Gesetzgeber die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG nicht ausdrücklich in den Katalog der verwaltungsprozessualen Vollstreckungstitel des § 168 VwGO aufgenommen. Vielmehr verweist § 61 Abs. 2 VwVfG für die Zwangsvollstreckung teilweise auf das VwVG, teilweise aber auch auf die VwGO.

Allein aus der Verweisung auf das VwVG kann noch nicht geschlossen werden, daß durch die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet wird. Auch § 169 VwGO verweist nämlich für die Zwangsvollstreckung aus einem Titel auf das VwVG, wenn zugunsten der öffentlichen Hand vollstreckt werden soll. Gemäß § 169 Abs. 1 S. 2 VwGO ist in diesem Fall der Vorsitzende des erstinstanzlichen Gerichts Vollstreckungsbehörde i. S. d. VwVG, der dabei jedoch nicht als Behörde, sondern als Vollstreckungsgericht tätig wird¹. Das VwVG ist damit sowohl bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel als auch bei der Verwaltungsvollstreckung anwendbar. Welche Vollstreckungsart im konkreten Fall vorliegt, entscheidet sich danach, ob die Vollstreckung von einem Vollstreckungsgericht oder - wie dies §§ 4, 7 VwVG vorsehen - von einer Verwaltungsbehörde durchgeführt wird.

Eine ausdrückliche Regelung dieser Frage enthält § 61 VwVfG nicht. Dort wird in Abs. 2 S. 1 zunächst generell das VwVG für entsprechend anwendbar erklärt, wenn Vertragsschließender eine Behörde ist. S. 2 enthält für die Vollstreckung wegen einer Geldforderung zugunsten einer Zivilperson und S. 3

¹ VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 16. 12. 1971 - IV 1227/71 - in ESVGH 23, 130 (132); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 167 Anm. 2; Kopp, VwGO, § 167 Anm. 2; § 169 Anm. 2; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 21. 5. 1962 - I B 38/67 - in VerwRspr. 15, Nr. 79, S. 250 f.

für die Erzwingungsvollstreckung gegen eine Behörde Spezialverweisungen auf die VwGO. Diese Bestimmungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, daß sich die Vollstreckung zugunsten einer Behörde nach dem VwVG (S. 1) richtet, während für die Zwangsvollstreckung gegen eine Behörde die VwGO (S. 2,3) anwendbar ist¹.

Damit verweist § 61 Abs. 2 VwVfG für die hier interessierende Frage der Vollstreckung einer Behörde gegen einen Bürger unmittelbar, d. h. ohne den "Umweg" des § 169 VwGO, auf das VwVG². Daraus folgt, daß in diesem Fall die Vollstreckung nach dem VwVG nicht von einem Vollstreckungsgericht, sondern gemäß §§ 4, 7 VwVG von der vertragsschließenden Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörde durchgeführt wird³. Somit wird durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG kein Vollstreckungstitel geschaffen, sondern der Weg für die - keinen Titel erfordernde - Verwaltungsvollstreckung eröffnet.

Der Sache nach bedeutet die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG sein Einverständnis damit, daß die vertraglichen Ansprüche der Behörde im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können⁴. Zwar ist es grundsätzlich nicht möglich, die Zulässigkeit der Verwal-

1 Vgl. Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 26; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 13 f.

2 Ebenso verweisen die Landesverwaltungsverfahrensgesetze unmittelbar auf die Landesvollstreckungsgesetze; vgl. Zusammenstellung bei Ule/Laubinger, VwVfR, Anhang S. 333 f. und die Synopse bei v. Oertzen, VwVfG, S. 79 ff.

3 Vgl. Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 7.2; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 33.

4 Vgl. Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 8; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 5; Waldhausen, VwVfG NW, § 54 Erl. 1.

tungsvollstreckung zu vereinbaren¹, weil die Befugnis zur Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen, also zum Erlass von Verwaltungsakten² im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG nur gesetzlich begründet werden kann³. § 61 VwVfG enthält jedoch eine - insoweit abschließende - Bestimmung, die eine Erweiterung der behördlichen Befugnis zur Selbstvollstreckung durch die einseitige Willenserklärung des Bürgers ausdrücklich ermöglicht⁴. Auch in diesem Fall beruht das Recht zur Selbstvollstreckung jedoch letztlich auf einer Norm, die als rechtsfolgebegründendes Tatbestandsmerkmal die Unterwerfungserklärung des Bürgers voraussetzt⁵.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen: durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG wird - anders als durch die notariell beurkundete Unterwerfungserklärung nach § 794 ZPO - kein Vollstreckungstitel geschaffen, sondern ein gesetzlich vorgesehener Weg zur Verwaltungsvollstreckung eröffnet.

1 RG, Urt. v. 20. 4. 1928, VII 646/27 - RGZ 121, 80 (86); v. Moers, S. 72; Kautz/Riewald, VwZV, S. 20; Wulff, S. 14 ff.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 20. 10. 1956 - V C 236/54 - in DVB1. 1957, 721 (723); - a. A. wohl Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 5.

2 Die einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen bei der Verwaltungsvollstreckung sind Verwaltungsakte; vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 11. 1960 - VII C 184.57 - in DVB1. 1961, 134 (135); Menger, System, S. 106; Kröller, S. 54; Arndt, S. 33 ff.; Pünder, S. 405 ff.; Traulsen, S. 77 ff.

3 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1956 - V C 236/54 - in BVerwGE 4, 111 (114 ff.); Forsthoff, DVB1. 1957, 724; Menger/Erichsen, VerwArch 57 (1966), 377 (380 f.); Pieper, DVB1. 1967, 11 (14).

4 Ähnlich ohne Bezug zu § 61 VwVfG: BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1956, a.a.O.; Forsthoff, a.a.O.; vgl. auch: Wulff, S. 20; Stahl, S. 29 FN 1.

5 Ähnlich bei dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung vgl. Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 48 III a 1 (S. 408).

2) Vergleich der Unterwerfungserklärungen nach § 794 ZPO und § 61 VwVfG

Neben diesem wesentlichen Unterschied zwischen der Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG und der notariellen Urkunde gemäß § 794 ZPO ergibt ein Vergleich dieser Vorschriften zwei weitere Abweichungen.

a) Gegenstand der Unterwerfungserklärung

Zum einen kann sich der Schuldner in einer notariellen Urkunde nach § 794 ZPO nur hinsichtlich solcher Ansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen, die die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen zum Gegenstand haben. Eine derartige Beschränkung enthält § 61 VwVfG dagegen nicht, so daß hier die Unterwerfungserklärung unabhängig von der Art der geschuldeten Leistungen zulässig ist¹.

Die Begrenzung der möglichen Ansprüche, über die eine notarielle Urkunde nach § 794 ZPO errichtet werden kann, knüpft an § 592 ZPO an, so daß Gegenstand einer notariellen Urkunde nur ein Anspruch sein kann, der auch im Urkundenprozeß geltend gemacht werden könnte. Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, daß in beiden Fällen nur "ein Anspruch auf einfache und im Weigerungsfalle in einfachster Weise realisierbare Leistung" tituliert werden soll².

Bei der Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG ist eine derartige Begrenzung der möglichen Ansprüche aber

1 EVwVfG 1963, Begr. zu § 47, S. 204; Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 e (S. 310 f.).

2 RG, Urt. v. 15. 6. 1887 - I 133/87 - in RGZ 18, 413 (415).

nicht geboten, so daß insoweit auch nicht die analoge Anwendung des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO in Betracht kommt. § 61 VwVfG ist nämlich nur auf Verträge "im Sinne des § 54 S. 2" VwVfG anwendbar, so daß die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG nur bei subordinationsrechtlichen Verträgen zulässig ist¹. Ein solcher Vertrag ist dadurch gekennzeichnet, daß er einen Verwaltungsakt "ersetzt"². Die Selbstvollstreckung eines Verwaltungsaktes ist aber ebenfalls unabhängig von der Art der in ihm festgelegten Leistung zulässig³.

b) Einschaltung eines Notars

Der weitere Unterschied zwischen den beiden Unterwerfungserklärungen besteht darin, daß die Erklärung des Schuldners nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO von einem Notar⁴ beurkundet werden muß, der dabei gemäß § 14 BNotO nicht als Vertreter einer Partei, sondern als unparteiischer Betreuer beider Beteiligten fungiert und diesen gegenüber Beratungs- und Aufklärungspflichten hat. Dadurch soll der "Überrumpelungseffekt"⁵, den ein ohne Beteiligung des Ge-

1 Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 1; Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 1; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 6; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 12; Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 a (S. 309 f.); Waldhausen, VwVfG NW, § 61 Erl. 1; dagegen beziehen sich §§ 128 Schl-hol LVwG, 47 EVwVfG 1963 nach ihrem Wortlaut auch auf koordinationsrechtliche Verträge.

2 Den Begriff "verwaltungsakt-ersetzender" Vertrag verwenden Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (671); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1 b (S. 275); BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975 - IV C 79/73 - in VerwRspr. 27, Nr. 31, S. 132 (135).

3 Vgl. §§ 1, 6 VwVG.

4 Die in § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO vorgesehene Zuständigkeit des Gerichts zu Beurkundungen ist durch das BeurkG vom 28. 8. 1969 weitgehend aufgehoben worden; vgl. §§ 56, 62 BeurkG.

5 Baur, Festschrift, S. 315 (321).

richts geschaffener Vollstreckungstitel ermöglicht, ausgeschaltet werden. Einen solchen Schutz des Schuldners durch die Einschaltung einer neutralen Person sieht § 61 VwVfG nicht vor. Vielmehr ist die Unterwerfungserklärung des Bürgers gegenüber der vertragsschließenden Behörde abzugeben, die damit zur Selbstvollstreckung berechtigt wird. Auch die nach § 61 VwVfG grundsätzlich¹ erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde bietet für den Bürger nicht den Schutz wie die Einschaltung eines unabhängigen Notars, weil die Aufsichtsbehörde mit dem Vertragsschluß mittelbare Eigeninteressen verfolgen kann.

Gegen diese Regelung des § 61 VwVfG werden teilweise rechtsstaatliche Bedenken geltend gemacht, weil sich die Behörde als beteiligter Vertragsteil selbst an die Stelle des Notars setzt². Berücksichtigt man jedoch die § 61 VwVfG zugrundeliegende Interessenlage, so ergibt sich die Unbedenklichkeit dieser Regelung.

§ 61 VwVfG bezieht sich nur auf subordinationsrechtliche, also einen Verwaltungsakt ersetzende Verträge. Die Behörde ist aber zur Selbstvollstreckung eines von ihr erlassenen Verwaltungsaktes auf Grund der Ermächtigung in §§ 1, 6 VwVG generell befugt, so daß sie durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG lediglich vollstreckungsrechtlich so gestellt ist, als hätte sie einen Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen³. Auf die Geltendmachung materieller Einwendungen hat die Unterwerfungserklärung des Bürgers dagegen keinen Einfluß⁴, weil sie -

1 Gesetzliche Ausnahmen: §§ 61 Abs. 1 S. 4, 101 S. 2 VwVfG.

2 Raudszus, SchlHAnz. 1966, 193 (197); vgl. auch Rebhan, S. 425 f.

3 Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 12; ähnlich Altmeyer/Lahm, rh-pf VwVG, § 70 Erl. I; Winterstetter, S. 33 FN 1: Urkunde tritt an die Stelle des Verwaltungsaktes.

4 Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 8; - a. A.: Rebhan, S. 425: "Rechtsmittelverzicht".

ebenso wie die notariell beurkundete Unterwerfungserklärung nach § 794 ZPO¹ - lediglich den formellen Zugang zur Zwangsvollstreckung eröffnet. Dem Vollstreckungsschuldner wird - ebenso wie bei der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes - nur die Obliegenheit zur rechtzeitigen Verteidigung auferlegt.

Eine andere Interessenlage liegt § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO zugrunde. Diese zivilprozessuale Vorschrift geht von der im Zivilrecht generell vorhandenen rechtlichen Gleichordnung von Gläubiger und Schuldner aus. Das Recht zum Zwang hat jedoch nur noch der Staat, so daß zwischen den gleichgeordneten Subjekten des Zivilrechts die Selbstvollstreckung generell unzulässig ist. Die Zwangsvollstreckung kann im Zivilrecht daher nur aus einem Titel betrieben werden, wobei der Titel dem Gläubiger einen Anspruch gegen den Staat gibt, im Rahmen der Gesetze die Vollstreckung gegen den Schuldner durchzuführen². Einen solchen Titel kann der Gläubiger grundsätzlich nur durch die Einschaltung eines Gerichtes erlangen³. Läßt der Gesetzgeber von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu, so muß die Gewißheit bestehen, daß der Titel - wie dies bei der notariellen Urkunde der Fall ist - von einer neutralen Amtsperson geschaffen wird.

Die Einschaltung eines Notars bei der Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde nach § 794 ZPO erklärt sich damit aus der im Zivilrecht gegebenen rechtlichen Gleichordnung von Gläubiger und Schuldner. Dagegen trägt § 61 VwVfG, der bei subordinationsrechtlichen Verträgen die Möglichkeit einer

1 Werner, DNotZ 1969, 713 (718); Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. VII.

2 Vgl. dazu Stein, Grundfragen, S. 5 ff.; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. II.

3 Zu den möglichen Vollstreckungstiteln s. o. S. 22.

weniger formstrengen Unterwerfungserklärung zuläßt, der Tatsache Rechnung, daß die Behörde statt des Vertragsschlusses auch einen Verwaltungsakt hätte erlassen und selbst vollstrecken können.

3) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG

Aus diesen Überlegungen ergibt sich auch die Rechtfertigung dafür, daß die weniger formstrenge Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG nach dem Wortlaut dieser Vorschrift nur bei subordinationsrechtlichen Verträgen zulässig ist. Bei koordinationsrechtlichen Verträgen stehen sich die Beteiligten dagegen von vornherein ohne eigene Zwangsbefugnisse gegenüber, so daß die Interessenlage mit der bei privatrechtlichen Verträgen identisch ist und die analoge Anwendung der auf subordinationsrechtliche Verträge zugeschnittenen Regelung des § 61 VwVfG nicht in Betracht kommt¹.

Die weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG sind wegen der unpräzisen Gesetzesfassung umstritten.

a) Schriftform

Dies gilt zunächst für die Frage des Formerfordernisses. § 47 EVwVfG 1963, dem § 128 schl-hol LVwG gefolgt ist, ließ die Unterwerfungserklärung nur "in" dem Vertrag zu. Für den Vertrag selbst sah § 43 EVwVfG 1963 (= § 57 VwVfG) die Schriftform vor, so daß auch die Unterwerfung nur schriftlich erklärt werden konnte².

¹ So im Ergebnis: Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 1; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 1; Klückmann, SKV 1977, 98 (103 FN 75) sowie Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 a (S. 310), nach denen für diese Regelung jedoch "kein durchschlagender Grund ersichtlich ist."

² Vgl. v. d. Groeben/Knack, LVwG, § 128 RdNr. 2.

Nach der jetzigen Fassung des § 61 VwVfG, die nicht verlangt, daß die Erklärung "in" dem Vertrag abgegeben wird, ist es darüberhinaus möglich, daß die Unterwerfung außerhalb des Vertrages erklärt wird. Zweifelhaft ist aber, ob daraus der Schluß gezogen werden kann, daß in diesem Fall keine Form erforderlich ist¹. Zwar ist die Unterwerfungserklärung ebenso wie bei der notariellen Urkunde eine einseitige Willenserklärung², so daß § 57 VwVfG, nach dem ein Vertrag schriftlich geschlossen werden muß, nicht unmittelbar anwendbar ist. Zu beachten ist aber, daß der Gesetzgeber das Schriftformerfordernis aus Gründen der Richtssicherheit nicht nur beim Vertrag, sondern gemäß § 38 Abs. 1 VwVfG selbst bei der einseitigen Zusicherung eingeführt hat. Berücksichtigt man weiter, daß die notariell beglaubigte Unterwerfungserklärung Vorbild für die Regelung des § 61 VwVfG war³, die Unterwerfung nach § 794 ZPO aber definitionsgemäß die Schriftform voraussetzt, so ist die analoge Anwendung des § 57 VwVfG auf die Unterwerfungserklärung gemäß § 61 VwVfG außerhalb des Vertrages geboten. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist daher generell nur wirksam, wenn sie schriftlich erklärt wird⁴.

b) Genehmigung der Aufsichtsbehörde

Die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung hängt gemäß § 61 Abs. 1 S. 3 VwVfG weiterhin davon ab, daß die Unterwerfung

1 So Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 7.

2 Vgl. für die notarielle Urkunde: Werner, DNotZ 1969, 713; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. VII 3; - für § 61 VwVfG: Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 9, 15; anders wohl Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 1 "Vollstreckbarkeitsvereinbarung".

3 EVwVfG 1963, Begr. zu § 47, S. 204

4 So im Ergebnis: Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 14; Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 2; Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 b (S. 310); Waldhausen, VwVG NW, § 61 Erl. 1; vgl. auch § 1 Abs. 3 VwVG NW.

von der fachlich zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt worden ist. Zwar wird teilweise geltend gemacht, die Genehmigung sei nur erforderlich, wenn sich die Behörde der sofortigen Vollstreckung unterwirft¹. Dagegen spricht jedoch § 61 Abs. 1 S. 4 VwVfG, nach dem die Genehmigung "von oder gegenüber" bestimmten Behörden entbehrlich ist². Daraus folgt, daß die Genehmigung in den übrigen Fällen auch erteilt werden muß, wenn die Unterwerfung "gegenüber" einer Behörde, also von einer Zivilperson erklärt wird. Dieses Ergebnis wird auch dadurch bestätigt, daß § 61 VwVfG der Regelung des § 794 ZPO nachgebildet worden ist. Durch das Genehmigungserfordernis wird die endgültige Entscheidung über die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung zwar nicht auf eine neutrale, wohl aber auf eine nicht unmittelbar am Vertrag beteiligte Stelle übertragen³. Die Rechtfertigung für die Einschaltung eines derartigen "Kontrollorgans" liegt darin, daß sich der Vertreter der vertragsschließenden Behörde in einem Interessenkonflikt befindet: einerseits soll er sich im Interesse der Behörde um das Zustandekommen des Vertrages bemühen, andererseits den Bürger auf die Gefahren der Unterwerfungserklärung hinweisen⁴.

c) Vertretung der Behörde

Neben diesem Genehmigungsverfahren schreibt § 61 Abs. 1 S. 2 VwVfG vor, daß die Behörde "hierbei", also bei der Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung von einer besonders qualifizierten Person vertreten sein muß. Schon

1 Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 22; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 8; Klückmann, SKV 1977, 98 (102).

2 Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 d (S. 310); im Ergebnis ebenso Schleicher, VwVfG, Anm. zu § 61.

3 Vgl. amtl. Begr. zu § 57, BT-Drucks. VII 910, S. 83; amtl. Begr. zu § 48, BT-Drucks. VI 1173, S. 67.

4 §§ 62 S. 1, 25 VwVfG

nach dem Wortlaut dieser Regelung ist es zweifelhaft, ob dieses Vollstreckungserfordernis auch erfüllt sein muß, wenn sich nur der Bürger der sofortigen Vollstreckung unterwirft¹.

Nach der amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift soll durch das Vertretungserfordernis die Bedeutung der Unterwerfung unterstrichen werden². Damit liegt der Gedanke nahe, daß die Einschaltung einer qualifizierten Person auf Seiten der Behörde allein diese vor unüberlegten Entscheidungen schützen soll³. Ein solcher Schutz zugunsten der Behörde erscheint auch sachgerecht, weil auf Grund des zwischen den Vertragspartnern bestehenden potentiellen Subordinationsverhältnisses allein die Behörde die Möglichkeit hat, einen Verwaltungsakt zu erlassen und selbst zu vollstrecken. Jedenfalls kann das Hinzuziehen einer qualifizierten Person als Vertreter der Behörde für den Bürger keinen größeren Schutz gewährleisten als die ohnehin erforderliche Kontrolle durch die genehmigende Aufsichtsbehörde. Nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist die Unterwerfungserklärung des Bürgers daher auch wirksam, wenn die Behörde dabei nicht durch eine qualifizierte Person vertreten war⁴.

d) Gegenstand der Unterwerfungserklärung

§ 61 VwVfG begrenzt den möglichen Gegenstand der Unterwerfungserklärung nur dahin, daß es sich um Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen i. S. § 54 S. 2, also sub-

1 So aber: Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 c (S. 310); Schleicher, VwVfG, Anm. zu § 61.

2 Amtl. Begr., a.a.O.

3 Vgl. Bisek, S. 161 FN 585 in Anlehnung an Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (671): "Kautele zugunsten der Behörde".

4 So im Ergebnis: Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 18; Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 5; Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 2; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 8; Klückmann, SKV 1977, 98 (102).

ordinationsrechtlichen Verträgen handeln muß. Daraus folgt zunächst, daß bei echten Mischverträgen eine selbständige privatrechtliche Forderung¹ durch eine Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG nicht zum Gegenstand der Verwaltungsvollstreckung gemacht werden kann².

Im übrigen ist zu beachten, daß die Behörde durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers vollstreckungsrechtlich so gestellt wird, als hätte sie einen inhaltsgleichen Verwaltungsakt erlassen. Die Unterwerfungserklärung muß daher den Anforderungen genügen, die an die Vollstreckbarkeit eines Verwaltungsaktes gestellt werden. Ebenso wie ein Verwaltungsakt gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG inhaltlich hinreichend bestimmt sein muß, gilt dieses Erfordernis gleichermaßen für die Unterwerfungserklärung selbst³ und für die Frage, hinsichtlich welcher vertraglicher Ansprüche sich der Schuldner der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat. Ferner kann die Unterwerfung von einer Bedingung oder Befristung abhängig gemacht werden⁴, weil solche Nebenbestimmungen auch der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes nicht entgegenstehen.

4) Vollstreckungsvoraussetzungen

Erfüllt die Unterwerfungserklärung des Bürgers die vorstehend untersuchten Wirksamkeitsvoraussetzungen, so ist die Behörde gemäß § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG berechtigt, die vertraglichen Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung selbst zwangsweise durchzusetzen.

1 S. o. S.10 ff.

2 Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 1; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 13.

3 Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 7; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 14.

4 v. d. Groeben/Knack, LVwG, § 128 RdNr. 2; Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 2.

§ 61 VwVfG ist allerdings nach der ausdrücklichen Regelung in Abs. 2 nur auf Bundesbehörden i. S. v. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 VwVfG anwendbar. Für sonstige Behörden sind die inhaltsgleichen VwVfG'e der Länder¹ mit deren Weiterverweisung auf die landesrechtlichen VwVG'e maßgebend. Dies gilt gemäß § 5 Abs. 2 VwVG des Bundes auch, wenn Landesbehörden im Wege der Amtshilfe wegen Forderungen vollstrecken, deren Gläubiger eine Bundesbehörde ist.

Die Vollstreckungsvoraussetzungen sollen hier auf Grund des bundesrechtlichen VwVG'es untersucht werden. Dieses unterscheidet zwischen der zwangsweisen Durchsetzung von Geldforderungen (§§ 1 - 5) und der Erzwingungsvollstreckung (§§ 6 - 18).

a) Vollstreckung von Geldforderungen

Für die Vollstreckung von Geldforderungen führt die Verweisung des § 61 Abs. 2 VwVfG auf das VwVG zunächst wieder zu der Ausnahmenvorschrift des § 1 Abs. 2 VwVG. Diese Regelung ist hier aber ohne Bedeutung, weil ihr nur entnommen werden kann, daß vertragliche Ansprüche nicht generell im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden dürfen².

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift entfällt jedoch, wenn das VwVG durch eine spezielle Vorschrift - wie hier § 61 VwVfG - ausdrücklich für anwendbar erklärt wird³.

1 Vgl. die Synopse bei v. Oertzen, VwVfG, S. 79 ff.

2 S. o. S. 31 ff.

3 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16. 9. 1977 - VII C 13/76 - in NJW 1978, 335 (336).

Die Voraussetzungen, unter denen die Behörde Geldforderungen im Verwaltungswege durchsetzen darf, sind in § 3 Abs. 2 VwVG normiert.

aa) Leistungsbescheid

Danach ist zunächst ein Leistungsbescheid erforderlich. Es bedarf jedoch näherer Erörterung, ob ein solcher Bescheid auch bei der Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung erforderlich ist. Durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG wird die Behörde vollstreckungsrechtlich so gestellt, als hätte sie einen dem Vertragsinhalt entsprechenden Verwaltungsakt erlassen¹. Ein Leistungsbescheid ist daher bei der zwangsweisen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche nicht erforderlich, wenn bei der Vollstreckung eines Verwaltungsaktes dieser mit dem Leistungsbescheid identisch ist.

Der Begriff des Leistungsbescheides ist in einigen landesrechtlichen VwVG'en ausdrücklich definiert. So umschreibt Art. 23 Abs. 1 Bay VwZVG den Leistungsbescheid als "Verwaltungsakt, mit dem eine öffentlich-rechtliche Geldforderung gefordert wird"². Aus dieser Legaldefinition ergibt sich, daß der Leistungsbescheid mit dem durchzusetzenden Verwaltungsakt identisch ist³. Nicht so eindeutig ist die Formulierung der §§ 3 Abs. 1 lit. a BVwVG, 6 Abs. 1 S. 1 VwVG NW, wonach Voraussetzung für die Vollstreckung ein "Leistungsbescheid (ist), durch den der Schuldner zur Leistung auf-

1 S. o. S. 45.

2 Ähnlich § 2 Ausführungsanweisung zum rh.-pf. VwVG.

3 Schmitt-Lermann, Bay VwVZG, Art. 23 Erl. 2; Winterstetter, S. 56; - a. A.: Arndt, S. 73.

gefordert worden ist". Es erscheint zweifelhaft, ob daraus geschlossen werden kann, der Leistungsbescheid enthalte nur eine Aufforderung zur Zahlung, während ein davon unabhängiger Grundverwaltungsakt die Schuld zuvor begründet haben müsse¹. Unter einem Leistungsbescheid wird üblicherweise keine Zahlungsaufforderung, sondern der Verwaltungsakt verstanden, mit dem die Zahlungspflicht des Bürgers festgesetzt wird². Dieser leistungsbegründende Bescheid enthält gleichzeitig zumindest konkludent die von § 3 Abs. 2 VwVG geforderte Leistungsaufforderung.

Auch ein Vergleich mit dem steuerlichen Vollstreckungsverfahren, auf das das VwVG in § 5 Abs. 1 weitgehend verweist, spricht für die Gleichstellung von Leistungsbescheid i. S. v. § 3 Abs. 2 VwVG und durchzusetzendem Verwaltungsakt³. Die AO unterscheidet zwischen dem Steuerbescheid gemäß §§ 155, 218 AO und dem Leistungsgebot. Die Vollstreckung aus dem Steuerbescheid setzt nach § 254 AO u. a. voraus, daß "der Vollstreckungsschuldner zur Leistung ... aufgefordert worden ist (Leistungsgebot) und seit der Aufforderung mindestens eine Woche verstrichen ist." Eine entsprechende Vorschrift enthält auch § 3 Abs. 3 VwVG, nach dem der Schuldner vor der Vollstreckung mit einer Zahlungsfrist von einer Woche besonders gemahnt werden soll. Daraus ergibt sich aber, daß das Leistungsgebot des § 254 AO nicht dem Leistungsbescheid nach § 3 Abs. 2 VwVG⁴, sondern der Mahnung gemäß § 3 Abs. 3 VwVG entspricht; der Leistungsbe-

1 So Winterstetter, S. 57; Langen, S. 8.

2 Vgl. etwa Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 III f. (S. 354); Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 18 II 3 (S. 207).

3 Anders Arndt, S. 71 ff. im Hinblick auf § 326 RAO.

4 So Arndt, S. 72.

scheid nach § 3 Abs. 2 VwVG hat vielmehr dieselbe Funktion wie der Steuerbescheid, mit dem gemäß § 155 AO die Leistung festgesetzt wird.

Der Leistungsbescheid nach § 3 Abs. 2 VwVG ist daher mit dem durchzusetzenden Verwaltungsakt identisch¹. Dieser wird bei der Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung jedoch durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers gemäß § 61 VwVfG ersetzt, so daß in diesem Fall kein Leistungsbescheid erforderlich ist².

bb) Beginn der Zwangsvollstreckung

Bei der zwangsweisen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche müssen die übrigen Voraussetzungen des § 3 VwVG jedoch vorliegen.

Dies bedeutet zunächst, daß die Leistung "fällig", also der durchzusetzende Anspruch auch materiell-rechtlich (fort-)bestehen muß³. Für die Fälligkeit der Leistung ist in erster Linie der Vertragsinhalt maßgebend. Ist die Leistungszeit vertraglich nicht bestimmt, so ergibt sich aus §§ 62 S. 2 VwVfG, 271 BGB, daß die Behörde die Leistung grundsätzlich sofort verlangen kann.

Ist die Leistung fällig, so darf die Behörde nicht sofort mit der Vollstreckung beginnen. Vielmehr wird dem Vollstreckungsschuldner durch § 3 Abs. 2 lit. c VwVG zunächst eine Schonfrist von einer Woche nach dem Eintritt der Fälligkeit eingeräumt.

1 So im Ergebnis: Renck, NJW 1964, 848 (849); Rasch/Patzig, VwVG, § 3 Erl. II 1 (S. 621); Altmeyer/Lahm, rh.-pf. VwVG, S. 123; Kautz/Riewald, VwZV, S. 25, 535 f.; Rietdorf, VwVG NW, § 6 Erl. 3; VGH München, Urt. v. 3. 11. 1964 - 82 VIII 63 - in DVBl. 1966, 151 (152).

2 So im Ergebnis: Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 7.1; ähnlich Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 29.

3 S. o. S. 25.

Vor dem endgültigen Beginn der Zwangsvollstreckung "soll" der Schuldner gemäß § 3 Abs. 3 VwVG ferner mit einer Zahlungsfrist von einer weiteren Woche besonders gemahnt werden. Aus dieser Soll-Vorschrift folgt, daß die Behörde grundsätzlich zur Mahnung verpflichtet und nur in atypischen Fällen davon freigestellt ist¹. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der Schuldner die Zahlung ernsthaft und endgültig verweigert².

Aus dieser zweifachen Schonfrist zugunsten des Schuldners folgt, daß die Behörde regelmäßig frühestens zwei Wochen nach Fälligkeit mit der Selbstvollstreckung der Geldforderung beginnen darf.

b) Erzwingungsvollstreckung

Auch Verträge, in denen sich der Schuldner zur Herausgabe einer Sache, zur Vornahme einer Handlung, zu einer Duldung oder Unterlassung verpflichtet hat, können im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden, wenn sich der Bürger gemäß § 61 VwVfG der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat. Die Vollstreckungsvoraussetzungen richten sich dann nach § 61 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 6 - 18 VwVG.

Soweit diese Vorschriften einen durchsetzbaren Verwaltungsakt voraussetzen, wird dieser durch die Unterwerfungserklärung ersetzt, weil die Behörde hierdurch vollstreckungs-

1 Allgemein zur Bindung von Soll-Vorschriften: Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 31 II b (S. 196 f.); BVerwG, Urt. v. 2. 12. 1959 - V C 106.58 - in DVBl. 1960, 252 (253); Urt. v. 23. 11. 1966 - VI C 94.63 - in DöV 1967, 424 (425).

2 OVG Münster, Beschl. v. 15. 7. 1964 - II B 380/64 - in OVGE 20, 150 (153).

rechtlich so gestellt wird, als hätte sie einen dem Vertragsinhalt entsprechenden Verwaltungsakt erlassen¹. Vollzugsbehörde i. S. v. § 7 VwVG ist die Behörde, die aus dem Vertrag berechtigt ist².

Auch bei der Erzwingungsvollstreckung ist die Anwendung von Zwangsmaßnahmen nur zulässig, wenn der durchzusetzende Anspruch materiell (fort-)besteht³. Ist dies der Fall, darf die Behörde mit der Zwangsvollstreckung gemäß § 6 VwVG grundsätzlich erst beginnen, wenn der durchzusetzende Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist. Übertragen auf die zwangsweise Durchsetzung vertraglicher Ansprüche bedeutet dies, daß die Vollstreckung sofort nach Fälligkeit des Anspruchs betrieben werden kann. Dies ergibt sich daraus, daß die "Anfechtbarkeit" von Verträgen, d. h. die Geltendmachung ihrer Unwirksamkeit nicht wie beim Erlaß eines Verwaltungsaktes an bestimmte Fristen gebunden ist⁴.

5) Vollstreckungsverfahren

Für die Vollstreckung von Geldforderungen verweist § 5 Abs. 1 VwVG auf die Vorschriften der AO. Diese sind den Regelungen der ZPO über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen nachgebildet, aber insofern modifiziert, als die

1 S. o. S. 45.

2 Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 7.2; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 33.

3 S. o. S. 25 Anm. 1.

4 Anders die Regelung in § 126 Abs. 3 schl.-hol. LVwG. Die Anfechtungsklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag will - soweit ersichtlich - nur Rüfner, S. 342, zulassen; ausführlich hierzu unten S. 159 ff.

Unterschiede zwischen der Zwangsvollstreckung Abweichungen erfordern¹.

Die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen erfolgt durch Pfändung (§ 286 AO = § 808 ZPO) und anschließende öffentliche Versteigerung (§ 296 AO = § 814 ZPO); dabei handelt bei der Verwaltungsvollstreckung an Stelle des Gerichtsvollziehers (§ 808 ZPO) nach § 285 AO der Vollziehungsbeamte der Vollstreckungsbehörde. Auch die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte ist in der AO (§§ 309 - 321) den zivilprozessualen Vorschriften (§§ 828 - 863 ZPO) entsprechend geregelt, wobei an die Stelle des Vollstreckungsgerichts (§ 828 Abs. 2 ZPO) bei der Verwaltungsvollstreckung die Vollstreckungsbehörde (§ 249 AO) tritt. Für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen verweist § 322 Abs. 1 AO schließlich auf §§ 864 - 871 ZPO, wo das ZVG für anwendbar erklärt wird.

Das Vollstreckungsverfahren für die Erzwingungsvollstreckung ist dagegen im VwVG selbst normiert. Vertragliche Verpflichtungen eines Bürgers auf Herausgabe einer Sache, auf Vornahme, Duldung oder Unterlassung einer Handlung können mit den Zwangsmitteln nach § 9 VwVG durchgesetzt werden. Als Zwangsmittel sind dabei die Ersatzvornahme (§ 10), das Zwangsgeld (§ 11) und der unmittelbare Zwang (§ 12) zulässig².

1 Ausführlich zu diesen Vorschriften: Wolff, VwR III, § 160 III; Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 20 I; Arndt, S. 59 ff.; Traulsen, S. 85 ff.

2 Ausführlich hierzu: Wolff, VwR III, § 160 II; Forsthoff, VwR I, § 15; Pünder, S. 160 ff.; Traulsen, S. 102 ff.

6) Landesrechtliche Besonderheiten

Die meisten landesrechtlichen VwVfG'e enthalten eine § 61 VwVfG des Bundes entsprechende Regelung, in denen auf die landesrechtlichen VwVG'e verwiesen wird. Eine Sonderfrage ergibt sich jedoch für das LVwVfG NW. Hier hat der Gesetzgeber in § 61 Abs. 1 wörtlich die bundesrechtliche Regelung übernommen und in Abs. 2 das VwVG NW für anwendbar erklärt. Dieses bestimmt gleichzeitig in § 1 Abs. 3, daß im Wege der Verwaltungsvollstreckung auch Ansprüche aus solchen schriftlichen öffentlich-rechtlichen Verträgen durchgesetzt werden können, "in denen der Schuldner sich zu einer Geldleistung verpflichtet und der Vollstreckung im Verwaltungswege unterworfen hat." Für Geldforderungen scheint also eine Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 LVwVfG NW neben der nach § 1 Abs. 3 VwVG NW zulässig zu sein, wobei im letzteren Fall außer dem Schriftformerfordernis keine besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten sind.

Schon vor dem Inkrafttreten des VwVfG NW war jedoch anerkannt, daß eine Unterwerfungserklärung gemäß § 1 Abs. 3 VwVG NW nur bei subordinationsrechtlichen Verträgen zulässig ist¹. Für die Unterwerfungserklärung in solchen Verträgen hat der Gesetzgeber nunmehr besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen in § 61 VwVfG NW normiert. Nach dem Inkrafttreten des VwVfG NW kann § 1 Abs. 3 VwVG NW daher nur die Bedeutung haben, daß dort die Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung nicht geregelt, sondern vorausgesetzt wird². Damit ist die Verweisung in § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG NW

1 Rietdorf, VwVG NW, § 1 Erl. 2; Wulff, S. 19 FN 32; ähnlich Stahl, S. 11 FN 4, der die analoge Anwendung des § 1 Abs. 2 BVwVG in Betracht zieht; vgl. auch Seeger, BW VwVG, § 1 Anm. 4.

2 So im Ergebnis: VV zu § 1 VwVG NW; Huken, VwVG NW, § 1 RdNr. 1.4.

auf das VwVG NW überflüssig, weil sich die Anwendbarkeit dieses Gesetzes bereits aus § 1 Abs. 3 VwVG NW ergibt. Es hätte daher näher gelegen, die mißverständliche Verweisung in § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG NW ersatzlos zu streichen¹.

7) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann somit festgestellt werden, daß durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG kein Vollstreckungstitel geschaffen, sondern der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet wird; diese wird jedoch nicht von einem Titel, sondern dem durchzusetzenden materiellen Anspruch getragen.

Die Behörde darf vertragliche Ansprüche gegen den Bürger nur im Wege der Selbstvollstreckung durchsetzen, wenn dieser sich gemäß § 61 VwVfG der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat. Die Unterwerfungserklärung des Bürgers ist nur wirksam, wenn sie sich auf Ansprüche aus subordinationsrechtlichen Verträgen bezieht, schriftlich abgegeben und von der Aufsichtsbehörde der vertragsschließenden Behörde genehmigt worden ist.

III Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel

In allen übrigen Fällen dürfen vertragliche Ansprüche der Behörde gegen einen Bürger nur im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem Titel durchgesetzt werden. Es stellt sich daher die Frage, wie die Behörde ihre vertraglichen Ansprüche gegen den Bürger titulieren kann. Als Titel kommen dabei

¹ Diesen Weg hat der Gesetzgeber von Rheinland-Pfalz gewählt. § 1 Abs. 1 des Übernahmegesetzes vom 23. 12. 1976 enthält keine § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG des Bundes entsprechende Regelung, weil sich die Anwendbarkeit des rh.-pf. VwVG bereits aus § 68 Abs. 1 lit. b rh.-pf. VwVG ergibt. Vgl. i. ü. die Zusammenstellung der landesrechtlichen Regelungen bei Ule/Laubinger, VwVfR, Anhang, S. 333 f.

Parteiakte und beurkundete Staatsakte¹, also richterliche Entscheidungen in Betracht.

1) Notarielle Urkunde gemäß § 794 ZPO

Eine Unterwerfungserklärung des Bürgers, durch die ein Vollstreckungstitel entsteht, läßt weder die VwGO noch das VwVfG zu. Dagegen wird - wie sich unmittelbar aus § 794 Abs. 1 ZPO ergibt - durch die dort geregelte notariell beurkundete Unterwerfungserklärung ein Titel geschaffen, aus dem die Zwangsvollstreckung stattfindet. Es ist daher zu untersuchen, ob Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen auch dadurch tituliert werden können, daß sich der Schuldner in einer notariellen Urkunde gemäß § 794 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft.

a) Anwendungsmöglichkeit des § 794 ZPO neben § 61 VwVfG

Die Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO auf Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn sich feststellen ließe, daß § 61 VwVfG eine abschließende Regelung enthält und eine anderweitige Unterwerfungserklärung daher bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ausgeschlossen sein soll. Zwei grundsätzliche Erwägungen zeigen jedoch, daß dies nicht der Fall ist.

Die notariell beurkundete Unterwerfungserklärung nach § 794 ZPO ist zutreffend mit einem Prozeß verglichen worden, der mit einem Anerkenntnisurteil endet². Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird unter Hinweis auf

¹ Zu den Begriffen s. o. S. 22.

² Zain, DNotZ 1934, 596 (597); Werner, DNotZ 1969, 713 (720); ähnlich Raudszus, SchlHAnz 1966, 193 "Scheinprozeß".

§ 156 VwGO ein Anerkenntnisurteil gemäß §§ 173 VwGO, 307 ZPO für zulässig gehalten¹. Selbst wenn § 61 VwVfG daher eine abschließende Regelung enthalten würde, könnten die Vertragsparteien sie unterlaufen, indem der Gläubiger seine vertraglichen Rechte einklagt und der Schuldner den geltend gemachten Anspruch anerkennt.

Bei genauerer Untersuchung kann § 61 VwVfG auch nicht die Bedeutung einer abschließenden Regelung beigemessen werden. In dem ersten Abschnitt dieses Kapitels werden nur die Vollsteckungsmöglichkeiten der Behörde gegen einen Bürger untersucht. Daher konnte bisher nur auf die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG eingegangen werden. Diese Vorschrift bestimmt ausdrücklich, daß sich "jeder Vertragsschließende" der sofortigen Vollstreckung aus einem Vertrag i. S. v. § 54 S. 2 VwVfG unterwerfen kann. Daraus folgt, daß bei subordinationsrechtlichen Verträgen auch eine Unterwerfungserklärung der Behörde nach § 61 VwVfG zulässig ist². Diese Vorschrift läßt somit auch eine Unterwerfungserklärung derjenigen Vertragspartei zu, die kraft eines potentiell bestehenden Subordinationsverhältnisses sogar berechtigt wäre, den Vertragsgegenstand durch eine einseitig verbindliche Maßnahme zu regeln. Dann kann § 61 VwVfG aber nicht die Bedeutung zugemessen werden, daß eine Unterwerfungserklärung der Vertragspartei, die sich der anderen gegenüber von vornherein in einem Gleichordnungsverhältnis befindet, ausgeschlossen werden soll. § 61 VwVfG steht daher der Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO jedenfalls für koordinationsrechtliche Verträge nicht entgegen.

1 BVerwG, Urt. v. 18. 1. 1963 - IV C 174/62 - in WM 1963, 327 (anders noch Urt. v. 7. 3. 1957 - III C 238/55 - in NJW 1957, 885, 886); OVG Hamburg, Urt. v. 26. 8. 1976 - II 43/75 - in NJW 1977, 214; Lang, VerwArch 52 (1961), 175 (179 ff.); Eyermann/Fröhler, VwGO, § 107 RdNr. 7; Kopp, VwGO, § 107 Anm. 3 d; Schunck/De Clerck, VwGO, § 107 Anm. 2 f; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 86 Anm. 5.

2 Dies ergibt sich weiterhin aus § 61 Abs. 1, S. 2 und 4, Abs. 2, S. 2 und 3 VwVfG.

Dieses Ergebnis läßt sich auch auf subordinationsrechtliche Verträge übertragen. Durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG wird der Zugang zur Verwaltungsvollstreckung eröffnet. Diese Bestimmung enthält daher keine Aussage für die hier interessierende Frage, ob durch die Unterwerfungserklärung auch ein Titel geschaffen werden kann, aus dem die Zwangsvollstreckung stattfindet. § 61 VwVfG schließt somit die Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO auf Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht aus.

b) Anwendbarkeit des § 794 ZPO auf öffentlich-rechtliche Ansprüche

Der Wortlaut des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO selbst enthält keine dahingehende Einschränkung, daß Gegenstand einer notariellen Urkunde nach § 794 ZPO ausschließlich privatrechtliche Ansprüche sein können. Vielmehr verlangt diese Vorschrift lediglich, daß die Unterwerfungserklärung notariell beurkundet ist; dabei ist sogar die Angabe des Schuldgrundes entbehrlich¹, so daß es nicht erforderlich ist, daß aus dem Titel, der durch den Beurkundungsakt geschaffen wird, die Rechtsnatur des durchzusetzenden Anspruchs hervorgeht.

Auch kann allein aus der Stellung des § 794 innerhalb der ZPO nicht gefolgert werden, daß die notariell beurkundete Unterwerfungserklärung sich zulässigerweise nur auf privatrechtliche Ansprüche beziehen kann. §§ 882 a ZPO, 15 Ziff. 3 EGZPO enthalten nämlich Sondervorschriften für die Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts. Die Vorschriften der ZPO sind daher nicht allein auf die Zwangsvollstreckung zwischen zwei Zivilpersonen zugeschnitten.

¹ Vgl. RG, Urt. v. 9. 2. 1931 - IV 320/30 - in RGZ 132, 6 ff; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. VII 2; Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 794 Anm. 10 C.

Besteht somit kein Rechtssatz, der es ausschließt, daß sich der Schuldner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gemäß § 794 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, so bleibt zu untersuchen, ob diese zivilprozessuale Vorschrift auf öffentlich-rechtliche Ansprüche anwendbar ist.

Die ZPO findet gemäß § 3 Abs. 1 EGZPO auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, die vor das ordentliche Gericht gehören. Gemäß § 13 GVG gehören u. a. alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für die nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten begründet ist, vor die ordentlichen Gerichte. Nach der auf Grund des § 97 Ziff. 1 VwVfG erfolgten Neufassung des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO ist jedoch für sämtliche Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet¹. Nach diesen Vorschriften scheint § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO auf Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht anwendbar zu sein, so daß die Unterwerfungserklärung wegen derartiger Ansprüche in einer notariellen Urkunde zur "Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Vollstreckungsverfahrens"² führt bzw. allenfalls die analoge Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO auf öffentlich-rechtliche Ansprüche in Betracht kommt³.

1 Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 40 RdNr. 95; Erichsen, VerwArch 68 (1977), 65 (66); Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 8; Stelkens, VwVfG, § 97 Anm. 3; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 97 RdNr. 6 ff.; Kopp, VwGO, § 40 Anm. 11; VwVfG, § 97 Anm. 2.

2 Winterstetter, S. 71; ähnlich Eyermann/Fröhler, VwGO, § 106 RdNr. 2 in vergleichbarem Zusammenhang: "unzulässige Vereinbarung des Rechtsweges".

3 Teilweise wird die analoge Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO erörtert, um den Weg zur Zwangsvollstreckung aus einem Titel (bejahend Wulff, S. 21 ff.; verneinend Konrad, S. 177) oder sogar zur Verwaltungsvollstreckung (bejahend Stein, Grenzen, S. 63 f.; verneinend v. Moers, S. 71 f.; Winterstetter, S. 70 f.) zu eröffnen.

Diese Folgerungen setzen voraus, daß die Zuständigkeitsvorschriften für das Erkenntnisverfahren mit denen des Vollstreckungsverfahrens identisch sind. §§ 40 VwVG, 13 GVG, auf die § 3 Abs. 1 EGZPO Bezug nimmt, regeln den Rechtsweg für das Erkenntnisverfahren, wobei die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs maßgebend ist.

Für die Zwangsvollstreckung aus einem Titel müssen jedoch andere Kriterien herangezogen werden, weil die Zwangsvollstreckung von dem materiellen Anspruch losgelöst ist und allein von dem Titel "getragen" wird¹. Ist die Zwangsvollstreckung aber derart "formalisiert", daß ihre Zulässigkeit allein von dem Vorliegen eines wirksamen Titels abhängt, so kann auch die Rechtsnatur des durchzusetzenden Anspruchs für die Zuständigkeit des Vollstreckungsverfahrens keine Rolle spielen. Wird nämlich das seiner Natur nach eilbedürftige Vollstreckungsverfahren mit materiellen Fragen belastet, so kann es seinen Zweck nicht erreichen, die Ansprüche des Gläubigers zumindest vorläufig auf schnelle Art und Weise zu befriedigen. Andernfalls müßte der Gläubiger die Vollstreckung aus einem einheitlichen Titel in zwei verschiedenen Vollstreckungsverfahren betreiben, wenn sich etwa der Schuldner wegen der Ansprüche aus einem echten Mischvertrag in einer notariellen Urkunde² der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat³. Für die Zuständigkeit des Vollstreckungsverfahrens muß daher

1 S. o. S. 23.

2 Dagegen ergibt sich aus dem Wortlaut des § 61 VwVfG und der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Interessenlage, daß Gegenstand dieser Unterwerfungserklärung nur öffentlich-rechtliche Ansprüche sein können; s. o. S. 45 ff.

3 Ähnlich für den Prozeßvergleich: OVG Münster, Beschl. v. 29. 10. 1968 - VII B 568/68 - in NJW 1969, 524 (525); Bay VGH, Beschl. v. 31. 3. 1970 - 27 I 69 - in VerwRspr. 21, Nr. 254, S. 1023; Hans, DVBl. 1951, 721 (724); Engelhardt, VwVG, § 7 Anm. 6.

die öffentlich- oder privatrechtliche Rechtsnatur des zu vollstreckenden Anspruchs außer Betracht bleiben¹.

Grundlage der Zwangsvollstreckung ist vielmehr ausschließlich der Titel, so daß auch allein die Herkunft des Titels für die Zuständigkeit des Vollstreckungsverfahrens maßgebend sein kann. Im Gegensatz zum Erkenntnisverfahren wird in Anknüpfung an die unterschiedliche Ausgestaltung beider Verfahren die Zuständigkeit des Vollstreckungsverfahrens somit rein formell begründet. Alle Titel, die nach Maßgabe der ZPO errichtet oder erlassen worden sind, werden daher auch nach ihr vollstreckt, selbst wenn der durchzusetzende Anspruch dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist².

Die Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO ergibt sich damit weder aus § 3 Abs. 1 EGZPO noch etwa aus den Verweisungsvorschriften der §§ 167, 173 VwGO. Diese zivilprozessuale Vorschrift ist vielmehr allein deshalb auf öffentlich-rechtliche Ansprüche anwendbar, weil der Gesetzgeber die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde gemäß § 794 ZPO unabhängig von der Rechtsnatur des durchzusetzenden Anspruchs für zulässig erklärt hat. Hierdurch wird kein "an sich unzuständiges Vollstreckungsverfahren" begründet; vielmehr wird durch die Anknüpfung an einen vorprozessualen

¹ Auch für den Prozeßvergleich ist anerkannt, daß seine Wirksamkeit nicht von der Zulässigkeit des Rechtsweges abhängt; vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 9. 1. 1953 - 14 W 186/52 - in NJW 1953, 1028; OVG Münster, Beschl. v. 23. 3. 1954 - VII B 957/52 - in JZ 1954, 549; OVG Lüneburg, Beschl. v. 26. 9. 1967 - VI B 60/67 - in NJW 1969, 205; Hans, DVB1. 1951, 721 (723); Bettermann, NJW 1953, 1007; Löwer, VerwArch 56 (1965), 142 (147); Thomas, BayVB1. 1967, 335 (336); Bonin, S. 38 f.; Kopp, VwGO, § 106 Anm. 3; Schunck/De Clerck, VwGO, § 106 Anm. 2 e; - einschränkend: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 106 RdNr. 2.

² Stein, Grenzen, S. 56; Mattern, S. 11; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. I 1; ebenso für den Prozeßvergleich: VG Freiburg, Beschl. v. 5. 2. 1965 - V S II 23/65 - in NJW 1965, 2073 (2074); Menger/Erichsen, VerwArch 61 (1970), 82 (92); Engelhardt, VwVG, § 7 Anm. 6; - a.A.: Bettermann, NJW 1953, 1007 (1008); Renck-Laufke, BayVB1. 1976, 621.

Vorgang direkt kraft Gesetzes die Zuständigkeit des zivilprozessualen Vollstreckungsverfahrens begründet¹.

Demnach ist es unmittelbar gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO zulässig, daß sich der Schuldner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft².

c) Vollstreckungsverfahren

Unterwirft sich der Schuldner hinsichtlich der Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung, so entsteht gemäß § 794 ZPO ein zivilprozessualer Vollstreckungstitel. Das Vollstreckungsverfahren richtet sich ausschließlich nach der Herkunft des Titels, also hier nach den Vorschriften der ZPO³.

Die Zwangsvollstreckung setzt gemäß § 795 ZPO die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 724 ZPO) und die Zustellung des Titels (§ 750 ZPO) an den Vollstreckungsschuldner voraus. Die Vollstreckungsklausel wird gemäß § 797 Abs. 2 ZPO grundsätzlich von dem Notar erteilt, der nur die formelle Legitimation des Gläubigers, nicht aber das Bestehen

1 Ähnlich Stein, Grenzen, S. 63.

2 So im Ergebnis wohl: Mayer/Ule, StVwR Rh.-Pf., S. 209, die ohne Bezugnahme auf § 794 ZPO die Unterwerfungserklärung bei öffentlich-rechtlichen Verträgen für zulässig halten; Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, Vor § 704 Anm. 1 Ba, § 797 Anm. 14 unter Berufung auf Bay VGH, Beschl. v. 10. 6. 1975 - 314 IV 74 - in BayVBl. 1975, 650 (651), wo diese Frage jedoch offen gelassen wurde. - a. A.: Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 5.

3 Bay VGH, a.a.O.; Hartmann, a.a.O.

des materiellen Anspruchs prüft¹. - Im übrigen richtet sich die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 704 - 915 ZPO.

Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung muß der Vollstreckungsschuldner gemäß § 797 Abs. 5 ZPO vor dem Zivilgericht geltend machen. Dies ergibt sich nicht aus einem fingierten "Verzicht auf die Rüge der Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte"², sondern daraus, daß für Einwendungen gegen die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung kraft Gesetzes ausschließlich (§ 802 ZPO) die Zivilgerichte zuständig sind.

Damit muß bei einer Klage des Vollstreckungsschuldners nach § 767 ZPO ein Zivilgericht u. a. die Wirksamkeit des zugrundeliegenden öffentlich-rechtlichen Vertrages prüfen. Dies bedeutet aber nicht, daß der Vertrag wie ein privatrechtlicher beurteilt wird; vielmehr hat das Zivilgericht - wie in anderen Fällen auch³ - öffentliches Recht anzuwenden, wobei jedoch im vorliegenden Fall dieses gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG das Privatrecht für entsprechend anwendbar erklärt.

2) Prozeßvergleiche

Zu den als Vollstreckungstitel zu qualifizierenden Parteiakten gehören neben der notariellen Urkunde die Prozeßvergleiche. Diese werden gemäß §§ 106 VwGO, 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO "zur Niederschrift des Gerichts" abgeschlossen. Bei

1 §§ 726 ff. ZPO; vgl. Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 797 Anm. II.

2 Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 794 Anm. 10 D.

3 Vgl. etwa Art. 14 Abs. 3 S. 4, Art. 34, S. 3 GG; § 148 ZPO.

der Aufnahme des Vergleichs wird das Gericht jedoch nicht judizierend, sondern beurkundend tätig¹.

a) vor den Zivilgerichten

Aus den vorstehenden Ausführungen zur Zulässigkeit der notariellen Urkunde nach § 794 ZPO ergibt sich unmittelbar, daß Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen auch dadurch tituliert werden können, daß die Parteien sie zum Inhalt eines Prozeßvergleichs vor einem Zivilgericht machen².

Ebenso wie die notarielle Beurkundung der Unterwerfungserklärung³ eröffnet auch die gerichtliche Protokollierung⁴ des Vergleichs lediglich den formellen Zugang der Zwangsvollstreckung, ohne auf die materielle Wirksamkeit des Vertrages Einfluß zu haben⁵. Im Regelfall wollen die Vertragsparteien durch den Abschluß des Prozeßvergleichs aber nicht nur einen Titel schaffen, sondern zugleich eine Neuregelung der zwischen ihnen bestehenden materiellrechtlichen Beziehungen erreichen. In diesem Fall ist der Abschluß

1 VG Freiburg, Beschl. v. 5. 2. 1965 - V S II 23/65 - in NJW 1965, 2073 (2074); Menger/Erichsen, VerwArch 61 (1970), 82 (93); Renck-Laufke, BayVBl. 1976, 621.

2 Nachweise s. o. S. 66.

3 Werner, DNotZ 1969, 713 (718); Münzberg in: Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. VII..

4 Ausführlich zur ordnungsgemäßen Protokollierung: Bonin, S. 41 ff.

5 Der Prozeßvergleich setzt nicht notwendigerweise auch eine materiellrechtliche Regelung voraus; vgl. Bonin, S. 11; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. II m. w. N.

des Prozeßvergleichs nicht nur eine Prozeßhandlung, sondern zugleich ein materielles Rechtsgeschäft¹. Soweit darin durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründete Rechte und Pflichten modifiziert werden, ist auch dieser Abänderungsvertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen, weil dessen materielle Rechtsnatur nicht davon abhängt, welchen Rechtsweg die Vertragsparteien gewählt haben². Die Wirksamkeit eines solchen in dem Prozeßvergleich enthaltenen materiellen Vertrages beurteilt sich daher nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Die Unwirksamkeit des materiellen Rechtsgeschäfts führt jedoch nicht unmittelbar zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, weil diese von dem Titel, der durch den Beurkundungsakt des Gerichts geschaffen wurde, "getragen" wird und daher erst dessen Vollstreckbarkeit vernichtet werden muß³.

b) vor den Verwaltungsgerichten

Die gleichen Grundsätze gelten für den Prozeßvergleich vor den Verwaltungsgerichten. Auch hier kommt allein durch die gerichtliche Protokollierung des Vergleichs ein Vollstreckungstitel zustande, aus dem gemäß § 168 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO die Zwangsvollstreckung stattfindet.

1 Völlig h. M., vgl. zur Doppelnatur für den Zivilprozeß: Münzberg in: Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. II; für den Verwaltungsprozeß: BVerwG, Beschl. v. 14. 12. 1967 - VIII B 146.67 - in BVerwGE 28, 332 (334); Bay VGH, Urt. v. 17. 1. 1973 - 43 II 70 - in BayVBl. 74, 104; OVG Münster, Beschl. v. 18. 11. 1977 - X B 2427/77 - in NJW 1978, 1174; Löwer, VerwArch 56 (1965), 142 (145 f.); Kniesch, S. 497 (507); Weitemeyer, S. 28 ff.; Suchan, S. 30 ff.

2 Vgl. Löwer, VerwArch 56 (1965), 142 (147 f.); Eyermann/Fröhler, VwGO, § 40 RdNr. 9.

3 Münzberg in: Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. II 7 b; LAG Frankfurt, Urt. v. 6. 10. 1969 - 1 Sa 362/69 - in NJW 1970, 1703.

c) Vollstreckungsverfahren

Die Frage, in welchem Vollstreckungsverfahren der Titel zwangsweise durchgesetzt wird, richtet sich allein nach der Herkunft des Titels, also danach, ob der Prozeßvergleich von einem Zivil- oder Verwaltungsgericht beurkundet worden ist. Die Zwangsvollstreckung aus einem zivilgerichtlichen Prozeßvergleich, in dem Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen tituliert sind, richtet sich daher nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO¹. Die Vollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Prozeßvergleich bestimmt sich dagegen nach den Vorschriften der VwGO, die am Ende dieses Kapitels untersucht werden.

3) Gerichtliche Entscheidungen

Neben den Parteiakten stellen die Staatsakte, also richterliche Entscheidungen eine Möglichkeit dar, Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zu titulieren. Dabei kommen in erster Linie verwaltungsgerichtliche Urteile in Betracht.

a) Verwaltungsgerichtliche Urteile

Der bisherige Streit, ob nur die Erfüllungs- oder auch die Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen sind², ist durch die Neufassung des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO gegenstandslos ge-

¹ Nachweise s. o. S. 67.

² Die Rechtsprechung stellte darauf ab, ob ein "aktueller" sachlicher Zusammenhang zu Amtshaftungs- oder Entschädigungsansprüchen gegeben war; vgl. BVerwG, Urt. v. 13. 2. 1976 - VII A 4.73 - in DöV 1976, 319; BGH, Urt. v. 21. 12. 1964 - III ZR 70/63 - in DVBl. 1965, 276 (277 f.). - Ausführlich hierzu Menger/Erichsen, VerwArch 56 (1965), 278 (281 ff.); 57 (1966), 175 (189); 60 (1969), 171 (179 ff.).

worden. Danach ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für sämtliche Ansprüche aus diesen Verträgen eröffnet¹. Daraus folgt, daß Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nur durch Urteile tituliert werden können, die von einem Verwaltungsgericht erlassen werden. Selbst das Anerkenntnisurteil setzt nämlich voraus, daß der vom Kläger gewählte Rechtsweg eröffnet war, weil es sich der Rechtsnatur nach um ein Sachurteil handelt².

aa) Klageart

Will eine Behörde ihre vertraglichen Ansprüche gegen eine Zivilperson durch ein Urteil titulieren lassen, so kommt als Klageart ausschließlich die allgemeine Leistungsklage in Betracht³. Diese ist zwar in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, als Klageart aber auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zulässig⁴.

bb) Beteiligtenfähigkeit der Behörde

Durch einen Vertrag wird nicht die vertragsschließende Behörde, sondern die Körperschaft, der sie angehört, berechtigt und verpflichtet⁵. Daher sind grundsätzlich auch nur

1 Nachweise s. o. S. 64.

2 Vgl. etwa Schumann/Leipold in: Stein-Jonas, ZPO, § 307 Anm. IV 3.

3 Bachof in: Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II f. (S. 349); Meyer in: Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 4; Ule/Laubinger, VwVfG, § 72 II 4 (S. 309); Konrad, S. 174.

4 Dies ergibt sich bereits aus der Erwähnung der Leistungsklage in §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 3, 169 Abs. 2, 191 Abs. 1 VwGO; vgl. Kopp, VwGO, Vor § 40 Anm. 2; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 42 Anm. 153.

5 Leonhardt in: Stelkens, VwVfG, § 11 RdNr. 12; Knack, VwVfG, § 11 RdNr. 4.4; Ule/Laubinger, VwVfR, § 69 III 1 (S. 287); Borgs in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 11 RdNr. 5.

die Körperschaften fähig, am Verwaltungstreitverfahren beteiligt zu sein. Gemäß § 61 Ziff. 3 VwGO sind die Bundesländer ermächtigt, Behörden für beteiligungsfähig zu erklären. Soweit die Länder davon Gebrauch gemacht haben¹, kann die vertragsschließende Behörde in Prozeßstandschaft² für die Körperschaft, der sie angehört, die vertraglichen Ansprüche gegen den Bürger einklagen.

cc) Rechtsschutzinteresse im Falle einer anderweitigen Vollstreckungsmöglichkeit

Zu den Sachurteilsvoraussetzungen jeder Klage gehört, daß der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an dem begehrten Urteil hat³. Das Rechtsschutzinteresse für eine Leistungsklage ist regelmäßig gegeben, wenn der Kläger vertragliche Ansprüche einklagt⁴.

Genauerer Untersuchung bedarf diese Frage jedoch, wenn sich der Bürger hinsichtlich des vertraglichen Anspruches, den die Behörde einklagt, gemäß § 61 VwVfG bzw. § 794 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

1 Vgl. § 5 Abs. 1 AG VwGO NW, § 7 AG VwGO Nds., § 17 Saarl AG VwGO, § 6 schl.-hol. AG VwGO.

2 Vgl. Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 61 Anm. 6; Meyer, NJW 1977, 1705 (1712); Kopp, VwGO, § 61 Anm. 3 c; OVG Saarland, Urt. v. 31. 10. 1974 - I R 18/73 - in DöV 1975, 644.

3 Vgl. etwa Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, S. 67 m. w. N.

4 Hat der Beklagte durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben, so kann er den geltend gemachten Anspruch mit der Kostenfolge des § 156 VwGO sofort anerkennen.

Durch eine Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG wird die Behörde vollstreckungsrechtlich so gestellt, als hätte sie einen dem Vertragsinhalt entsprechenden Verwaltungsakt erlassen¹. Für den vergleichbaren Fall, daß gegen den Bürger tatsächlich ein Verwaltungsakt ergangen ist, wird überwiegend generell das Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Leistungsklage verneint, weil die Behörde die Möglichkeit hat, den Verwaltungsakt im Wege der Selbstvollstreckung zwangsweise durchzusetzen². Teilweise wird der Behörde aber auch ein Wahlrecht eingeräumt, ob sie den Verwaltungsakt selbst zwangsweise durchsetzen oder den Anspruch im Klagewege titulieren lassen will³.

Um zu dieser Streitfrage Stellung nehmen zu können, muß nach dem Geltungsgrund des allgemeinen Rechtsschutzinteresses gefragt werden. Dieses Prinzip leitet sich letztlich aus dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und dem darin enthaltenen Verbot ab, prozessuale Rechte zu mißbrauchen⁴. Das Mißbrauchsverbot schützt dabei den Prozeßgegner, aber auch das Gericht vor einer überflüssigen In-

1 S. o. S. 45.

2 Vgl. Bay VGH, Urt. v. 17. 7. 1962 - 262 VIII 61 - in BayVBl. 1962, 386 (387); Henrichs, NJW 1964, 2366 (2368); ders. NJW 1965, 458 f.; Bachof, VerfR II, S. 26 f.; Hu-ken, KKZ 1974, 32; Eyermann/Fröhler, VwGO, S. 43 RdNr. 9; Kopp, VwGO, Vor § 40 Anm. 9 b; Wulff, S. 10; Stahl, S. 2; Weingart, DÖV 1967, 289 (291); Rohwer/Kahlmann, SGG, § 199 RdNr. 8.

3 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25. 10. 1967 - IV C 19.67 - in BVerwGE 28, 153 (154 f.); OVG Münster, Urt. v. 7. 5. 1973 - VIII A 907/72 - in NJW 1974, 75.

4 Bock, S. 31 ff.; Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, S. 68; im Ergebnis ähnlich: BVerwG, Urt. v. 23. 3. 1973 - IV C 49.71 - in DÖV 1973, 714 (715); OVG Münster, Urt. v. 28. 2. 1961 - II A 1311/59 - in VerwRSpr. 14, Nr. 64, S. 232 (233).

anspruchnahme¹. Inhaltlich läßt sich dieses Verbot u. a. dahingehend konkretisieren, daß die Rechtsausübung, also die Klageerhebung unzulässig ist, wenn der Kläger sein Ziel auf kürzerem, billigerem oder einfacherem Weg erreichen kann².

Beruhet das Rechtsschutzbedürfnis aber auf dem Prinzip von Treu und Glauben, so dient es ebenso wie § 242 BGB selbst³ zur Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit. Nach der Zielsetzung des Mißbrauchverbotes muß damit auf die konkrete Situation jedes einzelnen Verfahrens abgestellt werden, so daß die oben dargestellten schematisierten Betrachtungsweisen diesem Zweck nicht gerecht werden⁴.

Es erscheint vielmehr richtiger, im jeweiligen Prozeß auf das vorprozessuale Verhalten der Beteiligten abzustellen. Besteht für die Behörde eine anderweitige Vollstreckungsmöglichkeit, so ist das Rechtsschutzinteresse für eine Leistungsklage nur gegeben, wenn im Einzelfall damit zu rechnen ist, daß der Schuldner bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung seinerseits gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nimmt. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der geltend gemachte Anspruch von dem Vollstreckungsschuldner vorprozessual nach Grund und/oder Höhe bestritten wurde⁵.

1 Bock, S. 33 f.

2 Sog. Ausweichprinzip, vgl. Bock, S. 66 ff.; Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, S. 69 ff. m. w. N.

3 Vgl. etwa Larenz, SR AT I, § 10 I (S. 107).

4 Bock, S. 163 b, der zutreffend darauf hinweist, daß der Gesetzgeber für die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses z. B. in § 259 ZPO ebenfalls auf den konkreten Einzelfall abstellt.

5 BVerwG, Urt. v. 24. 6. 1966 - VI C 183.62 - in BVerwGE 24, 225 (227); Urt. v. 24. 11. 1966 - II C 27.64 - in BVerwGE 25, 280 (290 f.); Urt. v. 26. 4. 1968 - VI C 113.67 - in BVerwGE 29, 310 (312); Bock, S. 163 b; Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, S. 70.

Ist diese Voraussetzung erfüllt, besteht allerdings die Gefahr, daß die Verwaltungsgerichte in zwei verschiedenen Verfahren überprüfen müssen, ob der vertragliche Anspruch der Behörde gegen den Bürger besteht. Falls die Behörde Leistungsklage erhebt und daneben den vertraglichen Anspruch im Verwaltungswege vollstreckt, so kann der Bürger seinerseits durch die Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage¹ die Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung geltend machen. In einem solchen Fall muß auf § 1 Abs. 2 VwVG zurückgegriffen werden. Danach sind solche Forderungen von der Verwaltungsvollstreckung ausgenommen, "die im Wege des Parteistreites vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden". Diese Vorschrift ist zwar nicht unmittelbar anwendbar, wenn vertragliche Ansprüche gemäß § 61 Abs. 2 VwVfG vollstreckt werden²; ihr kann jedoch der allgemeine Rechtsgedanke entnommen werden, daß die Verwaltungsvollstreckung unzulässig ist, wenn die Behörde Leistungsklage erhoben hat und damit den Anspruch im Wege des Parteistreites verfolgt³. Wenn die Behörde Leistungsklage erhebt und gleichzeitig den Anspruch im Verwaltungswege durchsetzt, so kann das von dem Vollstreckungsschuldner angerufene Gericht die Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung daher allein mit dem Hinweis auf § 1 Abs. 2 VwVG feststellen, ohne dabei das tatsächliche Bestehen des vertraglichen Anspruchs überprüfen zu müssen.

1 Ausführlich zur richtigen Klageart des Bürgers bei der Verwaltungsvollstreckung unten S.160 ff.

2 S. o. S. 52.

3 Vgl. BVerwG, Urt. v. 6. 5. 1964 - VIII C 394.63 - in BVerwGE 18, 283 (287); Urt. v. 24. 11. 1966 - II C 27.64 - in BVerwGE 25, 280 (285); OVG Münster, Urt. v. 14. 2. 1974 - VI A 755/72 - in DVBl. 1974, 596.

Hat sich der Bürger gemäß § 61 VwVfG der sofortigen Vollstreckung unterworfen, so kann die Behörde die vertraglichen Ansprüche nur einklagen, wenn im Einzelfall zu erwarten ist, daß der Schuldner im Vollstreckungsverfahren gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen wird. Die oben angestellten Erwägungen zum Rechtsschutzinteresse können auch auf die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung übertragen werden, so daß dieser Grundsatz auch gilt, wenn die vertraglichen Ansprüche in einer notariellen Urkunde gemäß § 794 ZPO tituliert sind. Um zu vermeiden, daß der Gläubiger aus zwei Titeln vollstrecken kann, ist hier die Vollstreckung aus dem Leistungsurteil auf Antrag des Vollstreckungsschuldners von der Rückgabe der notariellen Urkunde abhängig zu machen¹.

b) Sonstige richterliche Entscheidungen

Neben den Urteilen zählt § 168 Abs. 1 VwGO weitere richterliche Entscheidungen auf, durch die Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen tituliert werden können und die hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Zu diesen Titeln zählen einstweilige Anordnungen (Ziff. 2), für vollstreckbar erklärte Schiedssprüche und schiedsrichterliche Vergleiche (Ziff. 5). Auch bei den letzteren findet die Zwangsvollstreckung aus einer richterlichen Entscheidung, nämlich der Vollstreckbarkeitsentscheidung und nicht schon aus dem Schiedsspruch oder -vergleich selbst statt².

1 Münzberg in: Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. IX m. w. N.

2 Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 168 RdNr. 9.

4) Zwischenergebnis

Die Ansprüche einer Behörde gegen einen Bürger aus öffentlich-rechtlichen Verträgen können durch Partei- und Staatsakte tituliert werden. Als Parteiakte sind die notariell beglaubigte Unterwerfungserklärung nach § 794 ZPO und die Prozeßvergleiche vor den Zivil- und Verwaltungsgerichten zulässig. Als Staatsakt kommt insbesondere das verwaltungsgerichtliche Urteil in Betracht.

Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde nach § 794 ZPO und dem zivilprozessualen Prozeßvergleich richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO. Bei der Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Prozeßvergleich oder Urteil sind dagegen die besonderen Vorschriften der VwGO maßgebend.

5) Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel

Die Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel regelt sich nach den besonderen, von der ZPO abweichenden Vorschriften der VwGO. Für die hier in Frage stehende Vollstreckung zugunsten der öffentlichen Hand aus einem Titel der VwGO erklärt § 169 VwGO das VwVG mit der darin enthaltenen Weiterverweisung auf die AO für anwendbar.

Diese Regelung ist jedoch rechtssystematisch verfehlt. Bei der Vollstreckung nach § 169 VwGO wird gemäß Abs. 1 S. 2 der Vorsitzende des erstinstanzlichen Gerichts als Vollstreckungsgericht¹ tätig. Die gerichtliche Zwangsvollstreckung ist umfassend in der ZPO geregelt. Dagegen enthält das VwVG mit der Weiterverweisung auf die AO Sonderregelungen, die

1 S. o. S. 40.

die entsprechenden Vorschriften der ZPO insoweit modifizieren, als die Unterschiede zwischen gerichtlicher und Verwaltungsvollstreckung Abweichungen erfordern¹. Es hätte daher näher gelegen, für die Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel unmittelbar die ZPO für anwendbar zu erklären². Dies sah im übrigen schon § 76 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952³ vor.

Diese systemwidrige Weiterverweisung erschwert die Auslegung der anzuwendenden Vorschriften.

a) Vollstreckung von Geldforderungen

Die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel "richtet sich" gemäß § 169 VwGO nach dem VwVG und der AO (§ 5 VwVG), d.h. diese Gesetze sind entsprechend anwendbar⁴.

Diese Regelung führt zunächst wieder zu der Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 2 VwVG, die den Geltungsbereich des VwVG für solche Geldforderungen ausschließt, die im Wege des Parteistreites verfolgt werden müssen. Diese Vorschrift ist hier jedoch nicht von Bedeutung, da sie nur die Selbstvollstreckungsbefugnis der Behörden begrenzt, nicht aber die Zwangsvollstreckung aus einem Titel regelt⁵.

1 S. o. S. 57 f.

2 Ähnlich Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 3; Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 1.

3 BGBI. I S. 625 - Dagegen schlug Bachof, Vornahmeklage, S. 168, die Durchsetzung dieser Titel im Wege der Selbstvollstreckung durch die Behörde vor.

4 VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 23. 1. 1968 - V 605/67 - in ESVGH 18, 181 (183); Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 1.

5 S. o. S. 31ff.; im Ergebnis ebenso: VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 23. 1. 1968, a.a.O.; Lerche, S. 59 (90); Thomas, BayVBl. 1967, 335 (337); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 4; - a. A.: Klinger, VwGO, Anm. zu § 169.

aa) Voraussetzungen gemäß §§ 169 VwGO, 3 VwVG

Die Zwangsvollstreckung setzt nach der Verweisung des § 169 VwGO auf § 3 Abs. 2 VwVG einen Leistungsbescheid, die Fälligkeit der Leistung und den Ablauf der einwöchigen Wartefrist nach Fälligkeit voraus.

Der bei der Verwaltungsvollstreckung erforderliche Leistungsbescheid wird jedoch bei der gerichtlichen Zwangsvollstreckung durch den Vollstreckungstitel ersetzt¹. Auch die Fälligkeit der Leistung, d. h. das (Weiter-)Bestehen des durchzusetzenden Anspruchs², kann bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel nicht zu den Vollstreckungsvoraussetzungen gehören. Andernfalls müßte das Vollstreckungsgericht bei der Vollstreckung aus einem Urteil, die sich zugunsten der öffentlichen Hand ebenfalls nach § 169 VwGO richtet, die inhaltliche Richtigkeit des zu vollstreckenden Urteils überprüfen. Dies würde der möglichen Rechtskraftwirkung des durchzusetzenden Urteils widersprechen. Setzt die Zwangsvollstreckung aus einem Titel somit nicht die Fälligkeit der Leistung voraus, so entfällt auch der Ablauf der einwöchigen Schonfrist nach Fälligkeit.

Der Vollstreckungstitel ersetzt daher bei der gerichtlichen Zwangsvollstreckung alle in § 3 Abs. 2 VwVG normierten Vollstreckungsvoraussetzungen³.

1 Thomas, BayVBl. 1967, 335 (337); Schröder, S. 189; Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 2 a.

2 S. o. S. 25 f.

3 So im Ergebnis: VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 23. 1. 1968 - V 605/67 - in ESVG 18, 181 (183); Rohwer/Kahlmann, SGG, § 200 RdNr. 7; - wohl a. A.: Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 2 a.

Gemäß § 3 Abs. 1 VwVG wird die Zwangsvollstreckung durch die Vollstreckungsanordnung eingeleitet. Auch diese Vorschrift ist für das Vollstreckungsgericht ohne Bedeutung. Dieses nimmt nämlich bei der Zwangsvollstreckung nach dem VwVG gemäß § 169 Abs. 1 S. 2 VwGO ausschließlich die Aufgaben der Vollstreckungsbehörde wahr. Die Vollstreckungsanordnung wird aber gemäß § 1 Abs. 4 VwVG von der Gläubiger- und nicht von der Vollstreckungsbehörde (§ 4 VwVG) erlassen.

Materiell kann die Vollstreckungsanordnung als rein internes Verwaltungshandeln¹ mit dem Vollstreckungsauftrag der Gläubigerbehörde an das Vollstreckungsgericht gleichgesetzt werden. Daraus ergibt sich, welche Bedeutung hier § 3 Abs. 3 VwVG zukommt, wonach der Schuldner vor der Anordnung der Vollstreckung mit einer einwöchigen Zahlungsfrist gemahnt werden soll². Bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel liegt die Vollstreckungsanordnung in dem Vollstreckungsauftrag der Gläubigerbehörde, so daß diese³ und nicht das Vollstreckungsgericht⁴ § 3 Abs. 3 VwVG zu beachten hat. Die Gläubigerbehörde muß daher den Schuldner grundsätzlich mit der Zahlungsfrist von einer Woche mahnen, bevor sie das Gericht mit der Vollstreckung beauftragt.

Für das Vollstreckungsgericht ergeben sich somit aus der Verweisung des § 169 VwGO auf das VwVG keine besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen; insofern hat diese Regelung

1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 11. 1960 - VII C 184/57 - in NJW 1961, 332 (333); Rasch/Patzig, VwVG, § 3 Erl. I; Engelhardt, VwVG, § 3 Anm. 9 f.; v. Rosen-v. Hoewel, VwVG, § 3 Erl. III 2.

2 Zur Auslegung dieser Vorschrift s. o. S. 56.

3 So im Ergebnis: Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 2 a; wohl auch Kopp, VwGO, § 169 Anm. 2; offen gelassen von OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 19. 4. 1972 - 1 B 40/71 - in VerwRspr. 25, Nr. 57, S. 248.

4 So: VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 23. 1. 1968 - V 605/67 - in ESVGH 18, 181 (185); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 7; Thomas, BayVB1. 1967, 335 (338).

lediglich die Bedeutung, daß sich die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach der AO richtet, die § 5 VwVG für anwendbar erklärt.

bb) Voraussetzungen gemäß §§ 167, 171 VwGO

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel ergeben sich vielmehr aus §§ 167, 171 VwGO. Abweichend von den üblichen Voraussetzungen der gerichtlichen Zwangsvollstreckung bedarf es gemäß § 171 VwGO hier keiner Vollstreckungsklausel, weil das Gericht aus einem Titel vollstreckt, den es selbst protokolliert oder erlassen hat.

Dies kann jedoch nur bedeuten, daß der formelle Akt der Klauselerteilung entbehrlich ist; dagegen müssen die materiellen Erfordernisse für die Klauselerteilung von dem Vollstreckungsgericht als Vollstreckungsvoraussetzungen beachtet werden. Aus einem Titel, dessen Vollstreckung von einer vom Gläubiger zu beweisenden Tatsache abhängt, darf daher nur vollstreckt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird, weil auch nur unter dieser Voraussetzung die Vollstreckungsklausel gemäß § 726 Abs. 1 ZPO erteilt werden darf.

Ebenso ist die Erteilung einer titelumschreibenden Klausel gemäß §§ 727 - 729 ZPO entbehrlich, wenn gegen einen Rechtsnachfolger des Schuldners vollstreckt werden soll. Liegen die materiellen Voraussetzungen dieser Vorschriften vor, so ist die Zwangsvollstreckung ohne den formellen Akt der Klauselerteilung zulässig, weil die Vollstreckung ohnehin von dem Vollstreckungsgericht verfügt wird¹. Dagegen

¹ Vgl. Hartmann in: Baumbach-Lauterbach, ZPO, Vor § 727 Anm. 5.

ist § 2 VwVG, nach dem neben dem Selbstschuldner unter erleichterten Voraussetzungen auch andere Schuldner in Anspruch genommen werden können, bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel nicht anwendbar¹. Nach §§ 167 VwGO, 750 ZPO werden nämlich die Personen, für und gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, ausschließlich durch den Titel oder die Klausel bestimmt.

Schließlich muß der Titel, aus dem vollstreckt werden soll, gemäß §§ 167 VwGO, 750, 795 ZPO dem Vollstreckungsschuldner zugestellt werden².

Die Zwangsvollstreckung wird gemäß § 169 Abs. 1 S. 2 VwGO von dem Vorsitzenden des erstinstanzlichen Gerichts nach der AO durchgeführt, der auch andere Vollstreckungsbehörden oder einen Gerichtsvollzieher in Anspruch nehmen darf. Dabei handelt es sich um einen Fall der Amtshilfe, so daß der Gerichtsvorsitzende die Vollstreckung eigenverantwortlich leiten und soweit wie möglich unter Kontrolle halten muß. Die pauschale Übertragung der gesamten Zwangsvollstreckung etwa auf die Gläubigerbehörde oder andere Vollstreckungsorgane ist daher unzulässig³.

b) Erzwingungsvollstreckung

Nach dem Wortlaut des § 169 VwGO ist zweifelhaft, ob diese Voraussetzungen der verwaltungsgerichtlichen Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung auch gelten, wenn aus einem Titel der VwGO vollstreckt werden soll, der die Verpflichtung des Bürgers zur Herausgabe einer Sache bzw. zur

1 Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 7.

2 Thomas, BayVBl. 1967, 335 (336); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 4.

3 OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 1. 3. 1968 - 1 B 12/68 - in AS 10, 323 (324 f.); OVG Lüneburg, Beschl. v. 23. 4. 1971 - I B 27/71 - in MDR 1972, 83; OVG Münster, Beschl. v. 16. 7. 1976 - X B 314/76 - in DVBl. 1976, 950; Engelhardt, VwVG, § 7 Anm. 7.

Vornahme, Duldung oder Unterlassung einer Handlung zum Inhalt hat.

§ 169 Abs. 1 S. 2 VwGO bestimmt nämlich, daß der Gerichtsvorsitzende "Vollstreckungsbehörde i. S. d. VwVG" ist, während das VwVG die vollstreckende Behörde nur bei der zwangsweisen Durchsetzung von Geldforderungen als Vollstreckungsbehörde, in den übrigen Fällen aber als "Zwangsbehörde" bezeichnet¹. § 169 VwGO ist jedoch dahin auszulegen, daß durch diese Vorschrift die Zwangsvollstreckung zugunsten der öffentlichen Hand umfassend geregelt werden soll und daher die Verweisung auf das VwVG auch für die Erzwingungsvollstreckung gilt².

Die Erzwingungsvollstreckung richtet sich daher bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel der VwGO nach §§ 169 VwGO, 6 - 18 VwVG sowie §§ 167, 171 VwGO, wobei an die Stelle des durchzusetzenden Verwaltungsaktes der Vollstreckungstitel tritt.

c) Zwischenergebnis

Soll aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel zugunsten der öffentlichen Hand vollstreckt werden, so ergeben sich gegenüber den Vollstreckungsvoraussetzungen der ZPO folgende Besonderheiten: Bevor die Behörde das erstinstanzliche Gericht mit der Vollstreckung beauftragt, muß sie den Bürger grundsätzlich mit der Zahlungsfrist von einer Woche besonders mahnen. Die Zwangsvollstreckung ist nur zulässig, wenn der Titel dem Schuldner zugestellt worden ist.

¹ §§ 4, 7 VwVG.

² OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 1. 3. 1968, a.a.O.; OVG Münster, Beschl. v. 16. 7. 1976, a.a.O.; Engelhardt, VwVG, § 7 Anm. 4; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 5; Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 3 a.

Der formelle Akt der Klauselerteilung ist dagegen entbehrlich; die Zwangsvollstreckung setzt jedoch voraus, daß die materiellen Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckungsklausel erteilt bzw. umgeschrieben werden darf, erfüllt sind.

C Zwangsvollstreckung eines Bürgers gegen eine Behörde

Sind damit die Möglichkeiten erörtert, die eine Behörde hat, um ihre vertraglichen Ansprüche gegen den Bürger durchzusetzen, so ist zu untersuchen, wie im umgekehrten Fall der Bürger seine vertraglichen Ansprüche gegen die Behörde erzwingen kann. Die möglichen Titel, aus denen die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann, lassen sich dabei wiederum in Partei- und Staatsakte¹ einteilen.

I Parteiakte

Zu den Parteiakten gehören jedenfalls der Prozeßvergleich und die notarielle Urkunde gemäß § 794 ZPO. Problematisch ist aber, ob auch durch die Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG ein Vollstreckungstitel entsteht.

1) Unterwerfungserklärung der Behörde nach § 61 VwVfG

Die Unterwerfungserklärung des B ü r g e r s gemäß § 61 VwVfG konnte in dem vorhergehenden Abschnitt, in dem die Vollstreckungsmöglichkeiten einer Behörde gegen einen Bürger untersucht wurden, nicht unter den Parteiakten eingeordnet werden. Der Grund hierfür lag darin, daß durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG kein

1 Zu den Begriffen s. o. S. 22.

Vollstreckungstitel geschaffen, sondern die Selbstvollstreckungsbefugnis der Behörde nach dem VwVG erweitert wird¹.

a) Rechtsfolge der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG

Es liegt daher zunächst der Gedanke nahe, daß auch durch die Unterwerfungserklärung der B e h ö r d e gemäß § 61 VwVfG ein Selbstvollstreckungsrecht des Bürgers entsteht. "Im geltenden Recht hat das Recht z u m Zwange (jedoch) nur noch der Staat; der Gläubiger hat nur ein Recht a u f den Zwang"². Aus diesem heute allgemein anerkannten Grundsatz³ ergibt sich bereits, daß durch die Unterwerfungserklärung der Behörde nach § 61 VwVfG kein Recht z u m Zwang, also kein Selbstvollstreckungsrecht des Bürgers geschaffen wird.

Ein Recht a u f Zwang, d. h. ein Anspruch des Gläubigers gegen den Staat, die Zwangsvollstreckung im Rahmen der Gesetze gegen den Schuldner zu betreiben, wird durch einen Vollstreckungstitel begründet⁴.

§ 61 Abs. 2 S. 2, 3 VwVfG erklärt für die Vollstreckung gegen die Behörde §§ 170, 172 VwGO für anwendbar⁵. Die Unter-

1 S. o. S. 38 ff.

2 Stein, Grundfragen, S. 5 in Anlehnung an Binding, Rechtszwang, S. 485 f.

3 Vgl. etwa Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. 2; Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, Vor § 704 Anm. 1 A.

4 Vgl. Stein, Grundfragen, S. 11 ff.; ders., Grenzen, S. 59.

5 Diese Regelung haben auch die Bundesländer übernommen; vgl. die Zusammenstellung bei Ule/Laubinger, VwVfR, Anh. II, S. 334 und die Synopse bei v. Oertzen, VwVfG, S. 79 ff; zur Auslegung des § 61 Abs. 2 VwVfG, s. o. S. 40 f.

werfungserklärung der Behörde nach § 61 VwVfG ist jedoch nicht in dem Katalog des § 168 VwGO enthalten, der überwiegend als abschließende Aufzählung der T i t e l angesehen wird, aus denen die Zwangsvollstreckung nach der VwGO stattfindet¹.

Ebenso wie im Zivilrecht zahlreiche, außerhalb der ZPO geregelte Vollstreckungstitel anerkannt sind², muß aber auch im öffentlichen Recht die Frage, ob ein Titel vorliegt, nach materiellen Kriterien beantwortet werden. Als Vollstreckungstitel ist danach jede Urkunde anzusehen, die einen materiellen Anspruch bezeichnet oder feststellt und vom Gesetz mit der Wirkung der Vollstreckbarkeit ausgestattet ist³.

Diese Voraussetzungen treffen für die Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG zu. Durch diese Urkunde⁴ wird der Anspruch des Bürgers aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwar nicht endgültig festgestellt⁵, aber

1 So nach Inkrafttreten des VwVfG: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 168 RdNr. 1; Kopp, VwGO, § 168 Anm. 2; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 168 Anm. 1; Hartmann in: Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 801 Anm. 2; ebenso vor Inkrafttreten des VwVfG: OVG Münster, Beschl. v. 4.11.1975 - XII B 674/75 - in DÖV 1976, 170; Thomas, BayVBl. 1967, 335.

2 Vgl. etwa die Zusammenstellung bei Münzberg in: Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. VIII.

3 Münzberg in: Stein-Jonas, ZPO, Vor § 704 Anm. II 1; ähnlich: Stein, Grundfragen, S. 12; Hartmann in: Baumbach-Lauterbach, ZPO, Vor § 704 Anm. 3 B; Thomas, BayVBl. 1967, 335.

4 Zum generellen Schriftformerfordernis der Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG s. o. S. 47 f.; zum Begriff der öffentlichen Urkunde vgl. § 415 Abs. 1 ZPO.

5 Die Unterwerfungserklärung hat keinen Einfluß auf die materielle Wirksamkeit des Vertrages; s. o. S. 45 f.

doch wie bei der notariellen Urkunde nach § 794 ZPO bezeichnet. Die Unterwerfungserklärung ist auch kraft Gesetzes vollstreckbar, weil § 61 Abs. 2 VwVfG für die Vollstreckung gegen die Behörde auf §§ 170, 172 VwGO verweist, also Vorschriften für anwendbar erklärt, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung aus einem Titel regeln.

Durch die Unterwerfungserklärung der Behörde gemäß § 61 VwVfG wird daher ein Vollstreckungstitel geschaffen, aus dem die gerichtliche Zwangsvollstreckung nach der VwGO stattfindet¹.

Die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG hat somit auf Grund der in Abs. 2 getroffenen Regelung unterschiedliche Wirkungen, die von der Person des Vollstreckungsschuldners abhängen: unterwirft sich die Behörde der sofortigen Vollstreckung, so entsteht ein Vollstreckungstitel, während durch die Unterwerfungserklärung des Bürgers nach § 61 VwVfG der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet wird. Haben sich in einem subordinationsrechtlichen Austauschvertrag zwischen einem Bürger und einer Behörde beide Parteien gemäß § 61 VwVfG der sofortigen Vollstreckung unterworfen, so kann die Behörde ihren Anspruch gegen den Bürger im Wege der Verwaltungsvollstreckung selbst durchsetzen. Der Bürger erwirbt dagegen auf Grund der Unterwerfungserklärung der Behörde einen Anspruch auf Tätigwerden der zuständigen staatlichen Vollstreckungsorgane.

¹ So im Ergebnis die oben S. 38 FN 3 Genannten, die jedoch nicht nach der Person des Vollstreckungsschuldners unterscheiden.

b) Vergleich der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach
§ 61 VwVfG mit sonstigen Vollstreckungstiteln

Der Vollstreckungstitel, der durch die Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG geschaffen wurde, läßt sich in die Systematik der bisher anerkannten Titel folgendermaßen einordnen.

Der typische Fall eines Vollstreckungstitels ist das richterliche Urteil, bei dem das Bestehen des materiellen Anspruches überprüft wird, bevor dem Gläubiger ein Titel, also ein "Recht auf Zwang" zugesprochen wird. Schließen die Beteiligten einen Prozeßvergleich ab, so wird das Gericht nicht judizierend, sondern nur noch protokollierend tätig¹. Die Beurkundung einer Unterwerfungserklärung nach § 794 ZPO setzt weder das Bestehen des materiellen Anspruches noch die Einschaltung eines Gerichts voraus; vielmehr handelt ein Notar als neutrale Amtsperson.

Darüberhinaus sah die Rechtsordnung auch schon vor dem Inkrafttreten des VwVfG vor, daß Vollstreckungstitel durch die Beurkundung einer Behörde geschaffen werden können. Ein Beispiel hierfür findet sich in dem Gesetz für Jugendwohlfahrt (JWG). Gemäß § 49 Abs. 1 JWG kann sich der Vater eines nichtehelichen Kindes hinsichtlich seiner Verpflichtung, einen Unterhaltsbetrag an das Kind bzw. die Mutter zu zahlen, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Wird diese Erklärung von einem Beamten oder Angestellten des Jugendamtes in der vorgeschriebenen Form beurkundet, so entsteht ein Vollstreckungstitel², aus dem gemäß § 50 Abs. 1

1 S. o. S. 69.

2 Kurtze, S. 7, 43 f.; Bedenken gegen diese Regelung bei Baur, Festschrift, S. 315 (322), dagegen Kurtze, S. 53 f.

JWG die Zwangsvollstreckung nach der ZPO betrieben werden kann. - Einen vergleichbaren Fall enthält das BBauG. Einigen sich die Beteiligten im Enteignungsverfahren, so ist die Einigung gemäß § 110 BBauG von der Enteignungsbehörde zu beurkunden. Aus dieser Einigungsurkunde findet gemäß § 122 Abs. 1 Ziff. 1 BBauG die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung statt, so daß auch hier durch den Beurkundungsakt der Behörde ein Vollstreckungstitel geschaffen wird¹.

Zu dieser Gruppe gehört ebenfalls die Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG. Die Besonderheit liegt lediglich darin, daß dabei die Behörde beurkundend tätig wird, die durch den Titel zugleich als Vollstreckungsschuldner ausgewiesen wird. Die Behörde schafft somit durch die Unterwerfungserklärung gemäß § 61 VwVfG einen "Titel gegen sich selbst".

Dieser Eigenart hat der Gesetzgeber insofern Rechnung getragen, als die Behörde bei der Unterwerfungserklärung von einer besonders qualifizierten Person vertreten sein muß und die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist.

c) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 61 VwVfG kann sich auch die Behörde nur hinsichtlich der Ansprüche aus einem subordinationrechtlichen Vertrag der sofortigen Vollstrek-

¹ Vgl. etwa Dyong in: Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BBauG, § 122 RdNr. 1 f.

kung unterwerfen. Ein sachlicher Grund für diese Einschränkung ist nicht ohne weiteres ersichtlich¹. Kann sich nämlich die Behörde als Vertragspartei der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen, wenn sie kraft eines potentiell bestehenden Subordinationsverhältnisses den Vertragsgegenstand sogar durch eine einseitig verbindliche Maßnahme regeln könnte, so spricht nichts dagegen, ihr diese Möglichkeit auch einzuräumen, wenn sich die Beteiligten von vornherein gleichgeordnet gegenüberstehen. § 61 VwVfG dürfte aber auf der Erwägung beruhen, zur Verwirklichung der "Waffengleichheit"² insbesondere bei Austauschverträgen beiden Vertragsparteien die Gelegenheit zu geben, der anderen eine vereinfachte Vollstreckungsmöglichkeit einzuräumen. Dabei kommt nach der Interessenlage die weniger formstrenge Unterwerfungserklärung eines Bürgers nach § 61 VwVfG nur bei subordinationsrechtlichen Verträgen in Betracht³, so daß der Gesetzgeber diese Einschränkung generell normiert hat.

Die analoge Anwendung des § 61 VwVfG auf Ansprüche des Bürgers gegen eine Behörde aus koordinationsrechtlichen Verträgen ist jedenfalls nicht möglich, weil diese Ansprüche durch eine notariell beurkundete Unterwerfungserklärung gemäß § 794 ZPO tituliert werden können⁴ und daher eine Regelungslücke fehlt.

1 So Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 III 1 a (S. 310); vgl. dazu bereits oben S. 47. Die amtl. Begr. enthält keine Erklärung für diese Einschränkung.

2 BVerwG, Urt. v. 13. 2. 1976 - IV C 44.74 - in DÖV 1976, 353 (355).

3 S. o. S. 44 ff.

4 S. o. S. 63 ff.

Neben den allgemeinen, bereits untersuchten Wirksamkeitsvoraussetzungen¹ verlangt § 61 Abs. 1 S. 2 VwVfG, daß die behördliche Unterwerfungserklärung von einer besonders qualifizierten Person abgegeben werden muß. Als Vertreter der Behörde läßt das Gesetz nur den Behördenleiter, seinen allgemeinen Vertreter² sowie die Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu, welche die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben³.

Aus dem Wortlaut des § 61 VwVfG ergibt sich allerdings nicht, welche Rechtsfolge die nicht ordnungsgemäße Vertretung der Behörde hat. Es ist aber fraglich, ob ein Verstoß gegen das Vertretungserfordernis für unbeachtlich gehalten werden kann, weil für den Bürger eine Verletzung behördeninterner Zuständigkeiten bzw. das Fehlen besonderer Qualifikationen nicht erkennbar ist⁴. Auch im Zivilrecht wird der gute Glaube an die Vertretungsmacht nur in Ausnahmefällen geschützt⁵. Entscheidend ist jedoch, daß der Gesetzgeber das Vertretungserfordernis zum Schutz der Behörde als "Muß-Vorschrift" ausgestaltet hat. Diese zwingende Norm läuft jedoch leer, wenn ihre Verletzung ohne Rechtsfolgen bleibt. Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der behördlichen Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG gehört daher, daß die Behörde ordnungsgemäß vertreten war⁶.

1 S. o. S. 47 ff.

2 Vgl. hierzu Wolff in Wolff-Bachof, VwR II, § 76 III b 1 (S. 94); VwR I, § 35 III b 2 (S. 252).

3 §§ 5, 110 DRiG.

4 So Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 2.

5 Vgl. §§ 170 - 173 BGB.

6 So im Ergebnis: Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 20; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 9; Knack, VwVfG, § 61 RdNr. 5; Schleicher, VwVfG, Anm. zu § 61.

2) Sonstige Parteiakte

Als Parteiakte, durch die Ansprüche des Bürgers gegen eine Behörde aus öffentlich-rechtlichen Verträgen tituliert werden können, sind neben der behördlichen Unterwerfungserklärung gemäß § 61 VwVfG die notarielle Urkunde nach § 794 ZPO und die Prozeßvergleiche gemäß §§ 794 ZPO, 168 VwGO zulässig¹.

Das zuständige Vollstreckungsverfahren richtet sich allein nach der Herkunft des Titels², so daß die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde und dem zivilgerichtlichen Prozeßvergleich nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO erfolgt. Das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG und sonstigen Titeln der VwGO richtet sich nach besonderen Vorschriften, die am Ende dieses Abschnitts zusammenhängend untersucht werden.

II Richterliche Entscheidungen

Sind die vertraglichen Ansprüche gegen eine Behörde nicht in einem Parteiakt tituliert, so kann sie der Bürger im Wege der Zwangsvollstreckung nur realisieren, indem er zunächst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einen Titel gemäß § 168 VwGO erstreitet.

Die richtige Klageart für dieses Begehren ist regelmäßig die verwaltungsgerichtliche Leistungsklage³.

1 S. o. S. 63 ff., 68 ff.

2 S. o. S. 65 f.

3 S. o. S. 72.

1) Klage aus dem Vertrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes

Zu untersuchen ist aber, ob diese Klageart auch zulässig ist, wenn der Kläger gegen die Behörde einen vertraglich¹ begründeten Anspruch auf Erlaß eines Verwaltungsaktes geltend macht.

Ausgangspunkt für diese Frage ist die - im Zivilrecht entwickelte - Unterscheidung zwischen kausalem Verpflichtungs- und dinglichem Erfüllungsgeschäft, die auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt². Die von der Behörde vertraglich geschuldete Erfüllungshandlung besteht in dem Erlaß eines Verwaltungsaktes, so daß nach dem Wortlaut des § 42 Abs. 1 VwGO die Verpflichtungsklage die richtige Klageart ist³.

Bei diesem Ergebnis wird jedoch die Tatsache nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Bürger keinen gesetzlich, sondern einen vertraglich begründeten Anspruch auf Erlaß eines Verwaltungsaktes geltend macht.

Zu den Sachurteilsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage gehört gemäß §§ 68 ff. VwGO die ordnungsgemäße Durchfüh-

1 Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß nur die Erfüllungsmodalitäten einer gesetzlich begründeten Pflicht zum Erlaß eines Verwaltungsaktes etwa in zeitlicher Hinsicht modifiziert werden - s. o. S. 27 f. -; dann ist die Verpflichtungsklage die richtige Klageart.

2 Nachweise s. o. S. 20.

3 So im Ergebnis: Hegel, DÖV 1965, 413 (415 f.); Czermak, DVBl. 1967, 830 (831); Redeker, DÖV 1966, 543 (546); Rebhan, S. 426 f.; Wulff, S. 106; Konrad, S. 174; Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (551).

zung eines Vorverfahrens, in dem die Behörde durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes über den geltend gemachten Anspruch des Bürgers entscheidet. Damit macht sie von einseitigen Hoheitsbefugnissen Gebrauch, die ihr dem Bürger gegenüber nur innerhalb eines Über-/Unterordnungsverhältnisses zustehen. Aus dem Erfordernis des Vorverfahrens ergibt sich somit, daß die Verpflichtungsklage (sog. "nachträgliche Verwaltungsstreitsache"¹⁾) nach der Systematik der VwGO nur in Betracht kommt, wenn zwischen den Beteiligten ein konkretes Subordinationsverhältnis besteht².

Bei dem vertraglich begründeten Anspruch des Bürgers auf Erlaß eines Verwaltungsaktes hat die Behörde sich zwar zu einer Maßnahme verpflichtet, welche die einseitige Ausübung von Hoheitsmaßnahmen erfordert. In diesem Fall steht aber nicht das Recht, sondern die Pflicht zum Erlaß des Verwaltungsaktes im Vordergrund. Das Recht der Behörde zur einseitigen Regelung besteht daher nur, soweit es mit der vertraglich übernommenen Pflicht korrespondiert. Vertraglich ist die Behörde ausschließlich zum Erlaß des Verwaltungsaktes verpflichtet.

Eine einseitig verbindliche Ablehnung des geltend gemachten vertraglichen Anspruchs, die das Vorverfahren gemäß §§ 68 ff. VwGO voraussetzt, widerspricht dem vertraglich begründeten Gleichordnungsverhältnis zwischen den Beteiligten. Durch die vertragliche Koordination wird nämlich ein potentiell Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Behörde und Bürger in ein aktuelles Gleichordnungsverhältnis umgewandelt³. Dieses ist zeitlich nicht auf den Vertrags-

1 Vgl. dazu Menger, System, S. 137 ff.

2 Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 RdNr. 4; Bay VGH, Urt. v. 20. 10. 1960 - 28 V 59 - in BayVBl. 1961, 58 (59); Bosse, S. 109; Lerche, S. 59 (78).

3 S. o. S. 17.

schluß begrenzt, sondern besteht auch bei der Erfüllung vertraglicher Ansprüche fort. Innerhalb eines konkreten Koordinationsverhältnisses kann die Behörde aber definitionsgemäß durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes weder darüber entscheiden, ob ihr Ansprüche gegen den Bürger zustehen¹ noch darüber, ob der Bürger vertragliche Ansprüche gegen sie geltend machen kann.

Damit scheidet die Verpflichtungsklage für die Geltendmachung vertraglicher Ansprüche aus. Daraus folgt, daß der Bürger seine vertraglichen Ansprüche auch dann mit der allgemeinen Leistungsklage² geltend machen muß, wenn sich die Behörde vertraglich zum Erlaß eines Verwaltungsaktes verpflichtet hat³.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß die Behörde auf Grund ihrer vertraglichen Verpflichtung einen Verwaltungsakt erläßt, den der Bürger aber nicht als vertraglich geschuldete Leistung anerkennt. Hier muß der Bürger sein Begehren mit Widerspruch bzw. Verpflichtungsklage verfolgen. Dies ergibt sich schon daraus, daß andernfalls der erlassene Verwaltungsakt unanfechtbar würde; zudem hat die Behörde

1 S. o. S. 32 ff.

2 Neben der allgemeinen Leistungsklage wird überwiegend auch die Feststellungsklage nach § 43 VwGO für zulässig erachtet, wenn zu erwarten ist, daß die beklagte Behörde den Anspruch des Bürgers auch ohne die hinter einem Leistungsurteil stehende Vollstreckungsmöglichkeit erfüllen wird; vgl. BVerwG, Urt. v. 27. 10. 1970 - VI C 8.69 - in BVerwGE 36, 179 (181 f.); Urt. v. 8. 9. 1972 - IV C 17.71 - in BVerwGE 40, 323 (327 f.); Ule, VerwArch 65 (1974), 291 (309); Lerche, S. 59 (80).

3 So im Ergebnis: Stern, VerwArch 49 (1958), 106 (152); Lerche, S. 59 (77 f.); Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (260); Weiß, S. 121 f.; Ule/Laubinger, VwVfR, § 72 II 4 (S. 309); Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 4; ders., NJW 1977, 1705 (1711 FN 76); Eyermann/Fröhler, VwGO, § 40 RdNr. 9, § 42 RdNr. 4; Klückmann, SKV 1977, 98 (99).

durch den Erlaß des Verwaltungsaktes das bis dahin bestehende Koordinationsverhältnis beendet und durch ein konkretes Subordinationsverhältnis ersetzt.

2) Urteilstenor

Wird die Behörde auf Grund eines stattgebenden Leistungsurteils zum Erlaß eines vertraglich geschuldeten Verwaltungsaktes verurteilt, so muß in dem Urteilstenor auch eine Entscheidung über die vorläufig Vollstreckbarkeit des Titels getroffen werden¹.

Urteile auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen können nach § 167 Abs. 2 VwGO nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Diese Vorschrift ist auf Leistungsklagen nicht unmittelbar anwendbar; aus ihr ergibt sich aber der Rechtsgedanke, daß eine Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes erst gezwungen werden soll, wenn ihre dahingehende Pflicht endgültig, d. h. rechtskräftig festgestellt worden ist². Bei einem Streit um den Erlaß eines Verwaltungsaktes können nämlich die von der Behörde wahrzunehmenden öffentlichen Belange durch eine in Geld zu erbringende Sicherheitsleistung nicht "gesichert" werden³. Daher ist auch bei Urteilen auf Leistungsklagen, mit denen die Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes verurteilt wird, § 167 Abs. 2 VwGO analog anzuwenden und das Urteil nur hinsichtlich der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären⁴.

1 §§ 167 VwGO, 708 ff. ZPO; vgl. BVerwG, Urt. v. 26. 8. 1963 - VII C 126.63 - in BVerwGE 16.254; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 167 RdNr. 17 ff.; Kopp, VwGO, § 167 Anm. 3.

2 OVG Bremen, Urt. v. 13. 9. 1967 - I BA 59/67 - in NJW 1967, 2222 (2223) mit zustimmende Besprechung von Ule, VerwArch 65 (1974), 291 (310); OVG Lüneburg, Urt. v. 26. 8. 1970 - IV A 76/70 - in DöV 1971, 351 (353).

3 OVG Bremen, Urt. v. 13. 9. 1967, a.a.O.

4 Lerche, S. 82 f.; - a.A.: Wulff, S. 105, wohl auch OVG Münster, Urt. v. 22. 2. 1961 - III A 1648/56 - in DöV 1961, 469.

III Zwischenergebnis

Ansprüche des Bürgers gegen eine Behörde aus öffentlich-rechtlichen Verträgen können durch verwaltungsgerichtliche Leistungsurteile und Parteiakte tituliert werden. Als Parteiakte, aus denen nach Maßgabe der ZPO vollstreckt wird, sind die notarielle Urkunde gemäß § 794 ZPO und der zivilgerichtliche Prozeßvergleich zulässig. Durch die behördliche Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG entsteht ein Vollstreckungstitel, der ebenso wie die verwaltungsgerichtlichen Prozeßvergleiche und Urteile nach den besonderen Vorschriften der VwGO vollstreckt wird.

IV Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus einem Titel der VwGO

Für die Vollstreckung aus Titeln, die nach Maßgabe der VwGO durchgesetzt werden, enthält das Gesetz auch für den Fall, daß sich die Vollstreckung gegen die öffentliche Hand richtet, Sondervorschriften. Soweit diese nicht eingreifen, gilt gemäß § 167 Abs. 1 VwGO das 8. Buch der ZPO entsprechend.

1) Verwaltungsgerichtliches Urteil

Soll die Zwangsvollstreckung gegen die öffentliche Hand aus einem Urteil betrieben werden, so muß der Titel dem Vollstreckungsschuldner zunächst zugestellt werden¹. Die weiteren Voraussetzungen richten sich nach dem Inhalt des Titels.

Die Vollstreckung wegen einer Geldforderung erfolgt nach § 170 VwGO. Danach bestimmt das erstinstanzliche Gericht die vorzunehmenden Vollstreckungsmaßnahmen, wenn die gerichtliche Aufforderung zur Vollstreckungsabwendung erfolg-

1 §§ 167 VwGO, 750 ZPO.

los geblieben ist¹. Die Erteilung einer Vollstreckungsklausel ist in diesem Fall gemäß § 171 VwGO entbehrlich².

Wurde die Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes verurteilt, so richtet sich das Vollstreckungsverfahren nach § 172 VwGO.

Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut u. a. auf Urteile nach § 113 Abs. 4 VwGO, also Verpflichtungsurteile. Dagegen sind vertraglich begründete Ansprüche auf Erlaß eines Verwaltungsaktes mit der allgemeinen Leistungsklage geltend zu machen. Aus § 172 VwGO läßt sich aber der Rechtsgedanke entnehmen, daß der Erlaß eines Verwaltungsaktes generell nur in dem dort besonders geregelten Vollstreckungsverfahren erzwungen werden soll³.

Die Vollstreckung nach § 172 VwGO setzt die Erteilung der Vollstreckungsklausel voraus⁴. Als Vollstreckungsmaßnahmen sieht diese Regelung die Androhung, Festsetzung und Vollstreckung eines Zwangsgeldes durch das erstinstanzliche Ge-

1 Vgl. dazu: Miedtank, S. 91 ff.; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 25. 3. 1976 - IV 559/76 - in DÖV 1976, 606 (607).

2 S. dazu o. S. 82 f.

3 Im Ergebnis ebenso für den Prozeßvergleich: Miedtank, S. 118 f.; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 172 Anm. 3; Renck-Laufke, BayVBl. 1976, 621 (622); Kopp, VwGO, § 172 Anm. 1; Engelhardt, VwVG, § 17 RdNr. 11; Schröder, S. 187 f.; andernfalls müßte die Vollstreckung gemäß § 167 VwGO nach § 888 ZPO erfolgen (so Bachof, Vornahmeklage, S. 162 ff. vor Geltung der §§ 167 ff. VwGO unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG).

4 Umkehrschluß aus § 171 VwGO; vgl. Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 172 Anm. 4; Schunck/De Clerck, VwGO, § 172 Anm. 2 c.

richt vor¹, wenn die Behörde die Erfüllung ihrer Pflicht grundlos versäumt hat².

Die Vollstreckung in den nicht durch §§ 170, 172 VwGO geregelten Fällen richtet sich gemäß § 167 VwGO nach den allgemeinen Vorschriften der VwGO³.

2) Verwaltungsgerichtlicher Prozeßvergleich

Die Zwangsvollstreckung aus einem verwaltungsgerichtlichen Prozeßvergleich erfolgt nach den gleichen Vorschriften wie die zwangsweise Durchsetzung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils.

Dabei bleibt lediglich zu untersuchen, wie aus einem verwaltungsgerichtlichen Prozeßvergleich vollstreckt wird, der die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes beinhaltet. Das hierfür geschaffene besondere Vollstreckungsverfahren bezieht sich nach dem Wortlaut des § 172 VwGO nur auf die Vollstreckung von Urteilen und einstweiligen Anordnungen. Daraus kann jedoch nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß aus Prozeßvergleichen mit diesem Inhalt überhaupt nicht vollstreckt werden kann⁴.

1 Vgl. dazu: Miedtank, S. 118 ff.; VGH Mannheim, Beschl. v. 28. 7. 1977 - IX 1995/77 - in NJW 1978, 287; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10. 12. 1973 - I B 155/73 - in NJW 1974, 918; Beschl. v. 17. 3. 1967 - II B 15/67 - in DVBl. 1969, 119 mit Anm. von Bettermann; VG Köln, Beschl. v. 5. 7. 1968 - 1 M 12/68 - in DVBl. 1968, 712.

2 BVerwG, Beschl. v. 30. 12. 1968 - I WB 31/68 - in NJW 1969, 476 (477); VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 25. 3. 1976 - IV 559/76 - in DÖV 1976, 606.

3 VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 10. 5. 1973 - IV 178/73 - in VerwRspr. 25, Nr. 230, S. 1019 (1020); Kopp, VwGO, § 172 Anm. 3; Schunck/De Clerck, VwGO, § 172 Anm. 2 b.

4 So aber: OVG Münster, Beschl. v. 4. 11. 1975 - XII B 674/75 - in DÖV 1976, 170; Thomas, BayVBl. 1967, 335 (339); Weitemeyer, S. 122, 132; Geiger, MDR 1960, 884 (887).

Vielmehr hat der Gesetzgeber den §§ 167 ff. VwGO zugrundeliegenden Gedanken, daß die Prozeßparteien auch bei der Zwangsvollstreckung gleichzubehandeln sind¹, durch den Erlaß des § 61 VwVfG dahingehend ergänzt, daß die "Waffengleichheit" auch der Vertragsparteien im Vollstreckungsverfahren gewahrt bleiben soll. Hat sich die Behörde in einem außergerichtlichen Vergleichsvertrag hinsichtlich ihrer Verpflichtung, einen Verwaltungsakt zu erlassen, der sofortigen Vollstreckung unterworfen, so wird aus diesem Titel gemäß § 61 Abs. 2 S. 3 VwVfG nach § 172 VwGO vollstreckt. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn ein Prozeßvergleich gleichen Inhalts gar nicht oder in einem anderen Vollstreckungsverfahren zwangsweise durchgesetzt würde.

Aus einem Prozeßvergleich, der die Pflicht zum Erlaß eines Verwaltungsaktes zum Inhalt hat, wird daher analog § 172 VwGO vollstreckt²; in den übrigen Fällen richtet sich das Vollstreckungsverfahren nach §§ 167, 170 VwGO.

3) Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG

Die Vorschriften über die zwangsweise Durchsetzung von Titeln der VwGO gelten nur eingeschränkt, wenn der Bürger die Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungserklärung einer Behörde nach § 61 VwVfG betreiben will.

Das Vollstreckungsverfahren richtet sich dann nach § 61 Abs. 2 VwVfG. Mit dieser Regelung ist der Gesetzgeber nicht den Vorschlägen³ gefolgt, §§ 167 - 172 VwGO für anwendbar zu er-

1 Vgl. Koehler, VwGO, S. 17; Miedtank, S. 105, 127.

2 Nachweise s. o. S. 99.

3 Ule, Planspiel, S. 162; Bisek, S. 163; - § 47 EVwVfG 1963 regelte das Vollstreckungsverfahren gegen die Behörde noch nicht. Die amtl. Begr. (BT-Drucks. VII 910, S. 83) begründet die Verweisung auf §§ 170, 172 VwGO lediglich damit, daß das VwVG keine entsprechenden Vorschriften enthält.

klären; vielmehr wird dort isoliert auf §§ 170, 172 VwGO verwiesen.

Daraus ergibt sich zunächst, daß die Zwangsvollstreckung aus einem Titel nach § 61 VwVfG weder die Zustellung des Titels noch die Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 167 VwGO i. V. m. § 750 bzw. § 724 ZPO voraussetzt. Dieses Ergebnis ist gerechtfertigt, weil diese Erfordernisse auch dann nicht gelten, wenn sich der Bürger gemäß § 61 VwVfG der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und damit der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet wird¹. Durch die isolierte Verweisung in § 61 Abs. 2 VwVfG auf §§ 170, 172 VwGO wird damit die Schnelligkeit der gerichtlichen Zwangsvollstreckung derjenigen der Verwaltungsvollstreckung angepaßt, so daß etwa bei Austauschverträgen die "Waffengleichheit" zwischen den Vertragsparteien auch im Vollstreckungsverfahren gewahrt bleibt.

Die Art und Weise der Zwangsvollstreckung richtet sich bei der zwangsweisen Durchsetzung von Geldforderungen nach der auch für Urteile geltenden Regelung des § 170 VwGO. Die Zwangsvollstreckung liegt dabei in der Hand des erstinstanzlichen Gerichts, das bei einer Klage aus dem Vertrag zuständig wäre².

Für die Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung erklärt § 61 Abs. 2 S. 3 VwVfG die Vorschrift des § 172 VwGO für entsprechend anwendbar. Diese Verweisung ist jedoch nicht sachgerecht, weil § 172 VwGO nicht generell die Erzwingungs-

1 S. o. S. 51 ff.

2 Amtl. Begr. zu § 57 Abs. 2, BT-Drucks. VII 910, S. 83; Kopp, VwVfG, § 61 Anm. 4; Meyer in: Meyer-Borgs, VwVfG, § 61 RdNr. 16.

vollstreckung, sondern nur die zwangsweise Durchsetzung solcher richterlichen Entscheidungen regelt, die eine Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes oder zur Folgenbeseitigung nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO zum Inhalt haben. Diese systemwidrige Verweisung führt insbesondere bei der Vollstreckung von Unterlassungspflichten zu unbilligen Ergebnissen. Als Vollstreckungsmaßnahmen sieht § 172 VwGO die Androhung, Festsetzung und Vollstreckung eines Zwangsgeldes vor, falls die Behörde grundlos ihre Pflicht nicht erfüllt hat¹. Die Androhung eines Zwangsgeldes wäre demnach bei der Vollstreckung von Unterlassungspflichten erst möglich, wenn die Behörde bereits einmal gegen das Unterlassungsgebot verstoßen hat². Es läßt sich jedoch nicht feststellen, daß der Gesetzgeber dieses unangemessene, dem Postulat der "Waffengleichheit" widersprechende Ergebnis beabsichtigt hat. Die demnach vorliegende Gesetzeslücke kann durch die analoge Anwendung der §§ 167 VwGO, 890 ZPO geschlossen werden³. Danach kann auf Antrag des Bürgers für jede Zuwiderhandlung gerichtlich ein Ordnungsgeld gegen die Behörde festgesetzt werden⁴.

1 S. o. S. 100.

2 OVG Münster, Beschl. v. 12. 12. 1973 - V B 871/73 - in NJW 1974, 917 (918).

3 Auch die Vollstreckung von einstweiligen Anordnungen, die eine Unterlassungspflicht beinhalten, richtet sich gegen den Wortlaut des § 172 VwGO nach §§ 167 VwGO, 890 ZPO; vgl. OVG Münster, Beschl. v. 12. 12. 1973, a.a.O.; VGH Mannheim, Beschl. v. 10. 5. 1973 - IV 178/73 - in NJW 1973, 1518; Kopp, VwGO, § 172 Anm. 2; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 172 Anm. 3; im Ergebnis ähnlich lassen Maunz, BayVBl. 1971, 399 (400); Schunck/De Clerck, VwGO, § 172 Anm. 2 b andere Vollstreckungsmittel neben § 172 VwGO zu.

4 Die Rechtslage ist ähnlich, wenn Unterlassungspflichten des Bürgers im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden sollen. In diesem Fall ist die Androhung des Zwangsmittels nach § 13 VwVG entbehrlich; vgl. Rasch/Patzig, VwVG, § 13 Anm. II 4; Engelhardt, VwVG, § 13 Anm. 4.

D Zwangsvollstreckung zwischen zwei Behörden

Sind damit die Vollstreckungsmöglichkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen einer Behörde und einem Bürger erörtert, so ist zu untersuchen, wie aus Verträgen zwischen zwei Behörden vollstreckt werden kann. Zwischen Hoheitsträgern können sub- und koordinationsrechtliche Verträge abgeschlossen werden¹.

I Behörden als Vertragsbeteiligte

Liegt eine Einigung vor, an der ausschließlich Behörden beteiligt sind, so stellt sich die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft als Vertrag qualifiziert werden kann.

Ebenso wie im privaten setzt auch im öffentlichen Recht² der Vertrag mindestens zwei verschiedene Rechtssubjekte voraus. Anders als im privatrechtlichen Sprachgebrauch kann im öffentlichen Recht die Rechtssubjektivität nicht ohne weiteres mit der Rechtsfähigkeit gleichgesetzt werden. Rechtssubjektivität ist nämlich bereits gegeben, wenn ein Organ Zurechnungssubjekt mindestens eines Rechtssatzes ist³. Soweit einem Organ daher durch einen Rechtssatz Rechte und/oder Pflichten verliehen sind, ist es "punktuell" teilrechtsfähig⁴ und kann

1 S. o. S. 17, 19.

2 § 62 S. 2 VwVfG.

3 Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 32 III a (S. 207); Menger, System, S. 38, 147; BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1958 - VII C 218.57 - in BVerwGE 7, 66 (71); Hoppe, S. 167.

4 Rupp, Grundfragen, S. 83; ähnlich: Hoppe, S. 212 ff; Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 32 III B 2 (S. 208).

in diesem Bereich zur Wahrung des ihm zugeordneten Rechts- und/oder Pflichtenkreises wirksam Verträge abschließen¹.

Handelt das Organ jedoch außerhalb der ihm zuerkannten Teilrechtsfähigkeit, so werden die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag dem Verwaltungsträger zugerechnet, dem die vertragsschließende Behörde nach dem einschlägigen Organisationsrecht angehört². Daran ändert auch die in § 11 VwVfG normierte Beteiligtenfähigkeit der Behörden nichts, da diese dadurch nicht generell als selbständige Rechtssubjekte anerkannt werden, sondern lediglich für den Rechtsträger handeln, dem sie ihrerseits eingegliedert oder zugeordnet sind³. In diesen Fällen liegt ein Vertrag daher nur vor, wenn die Behörden verschiedenen Rechtsträgern angehören.

II Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG

Liegt eine als Vertrag anzusehende Einigung zwischen zwei Behörden vor, so ist fraglich, ob die vertraglichen Ansprüche der Gläubigerbehörde zum Gegenstand einer Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG gemacht werden können. Durch diese Unterwerfungserklärung kann sowohl der Weg für die Verwaltungsvollstreckung eröffnet als auch ein Vollstreckungstitel geschaffen werden⁴.

1 Stern, AöR 84 (1959), 273 (278 ff.); Weiß, S. 10.

2 Nachweise s. o. S. 3, 72 f.

3 Weiß, S. 10; Ule/Laubinger, VwVfR, § 69 III (S. 287)

4 S. o. S. 38 ff., 86 ff.

Welche Vollstreckungsart vorliegt, entscheidet sich danach, ob die Verweisung des § 61 Abs. 2 VwVfG auf das VwVG oder auf §§ 170, 172 VwGO anwendbar ist. § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG erklärt allgemein das VwVG für anwendbar, wenn "Vertragsschließender eine Behörde" ist. Dagegen bezieht sich die Verweisung auf die VwGO in S. 2 ausdrücklich und in S. 3 nach dem Sinnzusammenhang¹ nur auf den Fall, daß eine Zivilperson die Vollstreckung betreiben will.

Bei einem Vertrag zwischen zwei Behörden kommt daher nach § 61 VwVfG nur eine Unterwerfungserklärung in Betracht, die den Weg für die Verwaltungsvollstreckung nach dem VwVG eröffnet. § 17 VwVG bestimmt jedoch, daß Zwangsmittel gegen Behörden unzulässig sind, "soweit nichts anderes bestimmt ist". Als anderweitige Bestimmung in diesem Sinne kann § 61 VwVfG nicht angesehen werden, weil diese Vorschrift nicht speziell die Vollstreckung zwischen Behörden regelt, sondern generell das VwVG für anwendbar erklärt; damit wird vorausgesetzt, daß solche Beteiligten einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen, zwischen denen nach dem VwVG der Verwaltungszwang zulässig ist. Zwar bezieht sich § 17 VwVG nach seiner systematischen Stellung im 2. Abschnitt des VwVG unmittelbar nur auf die Erzwingungsvollstreckung. Dieser Vorschrift kann jedoch der Rechtsgedanke entnommen werden, daß zwischen Behörden die Vollstreckung im Verwaltungswege generell nicht statthaft ist, so daß § 17 VwVG auf die zwangsweise Durchsetzung von Geldforderungen analog anwendbar ist².

1 Vgl. Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 26.

2 Vgl. Rasch/Patzig, VwVG, § 17 Anm. 2; Altmeyer/Lahm, rh.-pf. VwVG, S. 91 f.

Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen zwei Behörden können daher nicht durch eine Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung gemacht werden¹.

III Vollstreckungsverfahren

Vertragliche Ansprüche zwischen Behörden können nur im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem Titel realisiert werden. Als zivilprozessuale Vollstreckungstitel sind dabei die notarielle Unterwerfungserklärung und der zivilgerichtliche Prozeßvergleich zulässig², die nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO vollstreckt werden.

Als Vollstreckungstitel der VwGO sind verwaltungsgerichtliche Prozeßvergleiche und Urteile möglich. Dabei ist aber zweifelhaft, nach welchen Vorschriften sich das Vollstreckungsverfahren richtet.

§ 169 VwGO verweist für die Zwangsvollstreckung "zugunsten" der öffentlichen Hand auf das VwVG. Die Anwendbarkeit dieser Regelung für die Vollstreckung zwischen zwei Behörden wird jedenfalls durch § 17 VwVG nicht ausgeschlossen, weil diese Vorschrift nur die Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung, nicht aber der Zwangsvollstreckung aus einem Titel anordnet³. Daneben enthalten §§ 170, 172 VwGO für die Vollstreckung "gegen" einen Hoheitsträger Sondervorschriften

1 Im Ergebnis ähnlich: Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 12.

2 S. o. S. 63 ff.

3 Nach Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 1 ist § 169 VwGO eine anderweitige Bestimmung i. S. d. § 17 VwVG; vgl. dazu auch Engelhardt, VwVG, § 17 RdNr. 1.

gegenüber der ansonsten gemäß § 167 VwGO entsprechend geltenden ZPO. Bei der zwangsweisen Durchsetzung von Ansprüchen aus Verträgen zwischen zwei Behörden scheinen beide Möglichkeiten zulässig zu sein, da die Zwangsvollstreckung sowohl zugunsten als auch gegen einen Hoheitsträger betrieben wird.

Die Konkurrenzfrage zwischen § 169 VwGO einerseits und §§ 170, 172 VwGO andererseits läßt sich nach dem Wortlaut dieser Vorschriften nicht lösen, weil der Gesetzgeber damit in erster Linie den Fall regeln wollte, daß auf einer Seite des Vollstreckungsverhältnisses eine Zivilperson beteiligt ist. Entscheidend muß daher sein, welches Verfahren für die Zwangsvollstreckung zwischen zwei Behörden sachgerechter ist.

§ 169 VwGO hat den Nachteil, daß dort nicht die ZPO, sondern systemwidrig¹ das VwVG für anwendbar erklärt wird. Die Vollstreckung nach §§ 170, 172 VwGO wirkt dadurch schwerfällig, daß dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren die Aufforderung zur Vollstreckungsabwendung bzw. die Vollstreckungsandrohung² vorgeschaltet ist. Dieses "Vorverfahren" hat die Funktion, gerichtliche Vollstreckungsmaßnahmen möglichst zu vermeiden, indem die Behörde durch die Einschaltung des Vollstreckungsgerichts zur freiwilligen Erfüllung ihrer Verpflichtung angehalten wird³. Es besteht kein Grund, diesen Gesetzeszweck unberücksichtigt zu lassen, wenn die Vollstreckung gegen die öffentliche Hand

1 S. o. S. 78 f.

2 §§ 170 Abs. 2, 172 S. 1 VwGO.

3 Vgl. Miedtank, S. 123; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 170 Anm. 1.

statt von einer Zivilperson von einem anderen Hoheitsträger betrieben wird. Das Vollstreckungsverfahren richtet sich daher auch bei der zwangsweisen Durchsetzung von vertraglichen Ansprüchen zwischen Behörden nach §§ 170, 172 VwGO¹.

E Zwangsvollstreckung zwischen Zivilpersonen

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kann auch zwischen Zivilpersonen abgeschlossen werden². Auf solche Verträge ist das VwVfG jedoch nicht anwendbar, weil dieses - wie sich §§ 1, 9 VwVfG ergibt - die von einer Behörde ausgehende Verwaltungstätigkeit voraussetzt³.

Eine Ausnahme gilt allerdings für "unechte"⁴ öffentlich-rechtliche Verträge, an denen zumindest eine mit hoheitlichen Befugnissen beliehene⁵ Zivilperson beteiligt ist. Auch Beliehene fallen unter den Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG⁶, so daß für diese Verträge die bisherigen Ausführungen entsprechend gelten.

1 So im Ergebnis: VGH Kassel, Beschl. v. 31. 3. 1976 - VI TM 147/75 - in NJW 1976, 1766; Miedtank, S. 122 ff.; Ule, VwPR, § 71 I (S. 311); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 1; Kopp, VwGO, § 169 Anm. 1; - a. A.: Schunck/De Clerck, VwGO, § 169 Anm. 1.

2 S. o. S. 8 f.

3 Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 29; Weiß, S. 3; Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 II 1 a (S. 275); Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (548); - a. A.: Gern, S. 108.

4 Weiß, S. 3.

5 Vgl. dazu: Wolff in Wolff-Bachof, VwR II, § 104.

6 Leonhardt in Stelkens, VwVfG, § 1 RdNr. 44; Knack, VwVfG, § 1 Anm. 7; Borgs in Meyer-Borgs, VwVfG, § 1 RdNr. 25; Kopp, VwVfG, § 1 Anm. 5.

Ansprüche aus "echten" Verträgen zwischen Zivilpersonen können nur im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem Titel zwangsweise durchgesetzt werden. Als Vollstreckungstitel sind dabei die notarielle Urkunde nach § 794 ZPO, die verwaltungs- und zivilgerichtlichen Prozeßvergleiche sowie die verwaltungsgerichtlichen Urteile möglich.

3. Kapitel

Materielle Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung

Auch die Zwangsvollstreckung kann letztlich nur dem Zweck dienen, einen bestehenden materiellen Anspruch des Gläubigers zu verwirklichen¹. Daher muß der Vollstreckungsschuldner grundsätzlich die Möglichkeit haben, sich gegen die Zwangsvollstreckung mit dem materiellen Einwand zu wehren, der durchzusetzende Anspruch sei gar nicht entstanden bzw. nachträglich erloschen. Das Erlöschen eines vertraglichen Anspruchs richtet sich im Zivil- und öffentlichen Recht nach den gleichen Grundsätzen, weil § 62 S. 2 VwGfG insoweit auf die Vorschriften des BGB verweist².

Näher untersucht werden muß jedoch, ob der Vollstreckungsschuldner mit dem materiellen Einwand, der Vertrag sei rechtswidrig, erfolgreich die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machen kann. Dies wiederum hängt davon ab, ob die Rechtswidrigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages stets zu dessen Nichtigkeit führt oder ob auf Grund des Vertragsschlusses bestimmte Einwendungen im Vollstreckungsverfahren "präkludiert"³ sind. Bei dieser Frage muß entsprechend der Systematik des VwVfG zwischen der inhaltlichen Rechtswidrigkeit des Vertrages und dessen Unzulässigkeit als Handlungsform unterschieden werden⁴.

1 Stein, Grundfragen, S. 11.

2 Vgl. Ule/Laubinger, VwVfR, § 71 I (S. 302); Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 62 RdNr. 7.

3 Zur Präklusionswirkung bei der Vollstreckung eines Verwaltungsaktes bzw. aus einem Urteil s. o. S. 23 ff.

4 Logisch hat die Frage Vorrang, welche Rechtswirkungen ein bereits als Handlungsform unzulässiger Vertrag hat. Nach der hier vertretenen Lösung läßt sich dieses Problem ohne weiteres lösen (s. u. S. 152 f.), wenn geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen inhaltlich rechtswidrige Verträge nichtig sind. Diese Frage wird daher aus Zweckmäßigkeitsgründen zunächst untersucht.

A Berufung auf die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts

Bevor geprüft werden kann, ob ein rechtswidriger Vertrag stets nichtig ist, muß geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen der Vertragsinhalt rechtswidrig ist.

I Inhaltliche Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Es liegt nahe, zur Konkretisierung der materiellen Rechtmäßigkeitsgrenzen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auf die Kriterien zurückzugreifen, die für die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten entwickelt wurden. Inwieweit die strukturellen Unterschiede zwischen Verwaltungsakt als einseitiger und Vertrag als einverständlicher Regelung jedoch auch Differenzieren hinsichtlich der Rechtmäßigkeitsschranken erfordern, soll im folgenden an Hand des Gesetzesvorrangs und -vorbehalts (negative und positive Gesetzmäßigkeit¹) untersucht werden.

1) Vorrang des Gesetzes

Nach dem in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Prinzip vom Vorrang des Gesetzes ist die vollziehende Gewalt "an Recht und Gesetz" gebunden. Dies bedeutet, daß "der in Form des Gesetzes geäußerte Staatswille ... rechtlich jeder anderen staatlichen Willensäußerung vor(geht)"², also auch nicht durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger verdrängt werden kann³. Schon aus diesem Grundgedanken

1 Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 30 II, III.

2 Otto Mayer, VwR Bd. I, S. 68; BVerfG, Beschl. v. 6. 5. 1958 - 2 BvL 37/58 - in BVerfGE 8, 155 (168).

3 Ausführlich dazu: BVerwG, Urt. v. 26. 6. 1957 - V C 109.56 - in BVerwGE 5, 128 (135 f.).

folgt, daß der Satz "volenti non fit iniuria" die Geltung des Gesetzesvorrangs im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge nicht einschränken kann¹.

a) Verhältnis zum Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit

Zu untersuchen ist aber, ob der Gesetzesvorrang im Widerspruch zu dem Grundsatz der "unbeschränkten Vertragsverbindlichkeit" steht und daher von diesem teilweise verdrängt wird².

Der damit angesprochene Satz "pacta sunt servanda" ist "zwar allen rechtmäßigen Verträgen immanent, kann aus ihnen auch mit logischer Geltung abstrahiert werden, Rechtsgeltung erlangt er aber erst durch und mit einem gültigen Vertragsschluß"³. Rechtsgeschichtlich war dieses Prinzip von Bedeutung, solange die Möglichkeit, vertragliche Pflichten zu begründen, nicht selbstverständlich war⁴. Inzwischen kann dieser Regel allenfalls entnommen werden, daß "der übereinstimmende Wille von heute den möglicherweise veränderten Willen von morgen zu binden" vermag⁵. Versagt die Rechtsordnung aber einer Willensüberein-

1 Diesem Grundsatz wird teilweise im öffentlichen Recht jede Bedeutung abgesprochen; vgl. Bosse, S. 51 f.; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (224); Stein, AöR 86 (1961), 320 (321 f.); Bisek, S. 97; Stahl, S. 38; Raebel, DVBl. 1976, 406 (407).

2 Darauf berufen sich: EVwVfG 1963, Begr. zu § 45, S. 199; amtl. Begr. zu § 55, BT-Drucks. VII 910, S. 81; ähnlich: Grund, DVBl. 1972, 884 (886); Frank, DVBl. 1977, 682 (683); Kopp, VwVfG, § 59 Anm. 1; Ule/Sellmann, DVBl. 1967, 837 (841); Kuhn, LVwVG, § 126 Anm. 17.

3 Heller, S. 133.

4 Ausführlich hierzu mit Digestennachweisen: C. Schmitt, VerfL., S. 70.

5 Dahm, VölkR, S. 20; vgl. dazu auch Schneider, VVDStRL 19 (1961), 1 (16).

stimmung die Anerkennung, so ist der Vertrag ein "rechtliches nullum", dessen Erfüllung eben nicht verlangt werden kann¹. Der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit bestimmt lediglich, daß rechtmäßige Verträge bindend sind; er enthält keine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen Verträge rechtmäßig und damit bindend sind². Der Satz "pacta sunt servanda" ist somit Folge, nicht Voraussetzung der Rechtswirksamkeit eines Vertrages und kann auch die Geltung des Gesetzesvorranges nicht einschränken.

b) Inhaltliche Konkretisierung

Das Prinzip des Gesetzesvorranges begrenzt somit uneingeschränkt den möglichen rechtmäßigen Inhalt öffentlich-rechtlicher Verträge³. Diese sind daher rechtswidrig, wenn sie inhaltlich gegen "Recht und Gesetz" verstoßen. Die sich daraus ergebenden Rechtmäßigkeitsschranken können folgendermaßen konkretisiert werden⁴:

Widerspricht ein Vertrag inhaltlich einer Gesetzesvorschrift (Vertrag contra legem), so folgt allein daraus noch nicht seine Rechtswidrigkeit. Vielmehr muß ebenso wie im Zivil-

1 Im Einzelfall kann ein unwirksamer Vertrag aber Rechtsgrund für eine bereits erfolgte Vermögensverschiebung sein; vgl. §§ 814, 815, 817 S. 2 BGB.

2 Heller, S. 132; C. Schmitt, Verfl, S. 69 f., 363 f.; Dahm, VölkR, S. 20; Schneider, VVDStRL 19 (1961), 1 (16); Bullinger, Vertrag, S. 41 FN 113; WeiB, S. 70 f.; Bosse, S. 83; Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (439); Maurer, JuS 1976, 485 (495); Schenke, JuS 1977, 281 (286).

3 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1973 - IV C 22.72 - in BVerwGE 42, 331 (334); Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20 RdNr. 138; Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (97); Götz, JuS 1970, 1 (5); Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (435 f.); - a. A.: Salzwedel, S. 19, 113 ff. "vertragsfordernde Interessen".

4 Vgl. dazu: Salzwedel, S. 69 ff.; Imboden, S. 97 ff.; WeiB, S. 33 ff.

recht auch im öffentlichen Recht¹ danach unterschieden werden, ob die entgegenstehende Norm nachgiebiges (ius dispositivum) oder zwingendes (ius cogens) Recht enthält. Nur wenn die Auslegung des entgegenstehenden Rechtssatzes ergibt, daß dieser nicht zur Disposition der Parteien steht, etwa weil er Interessen der Allgemeinheit schützt², handelt es sich um zwingendes Recht. Widerspricht der Vertrag inhaltlich dagegen nachgiebigem (dispositivem) Recht³, so ist er rechtmäßig und nach dem dann geltenden Satz "pacta sunt servanda" bindend.

Verspricht etwa ein Bauwilliger vertraglich der Gemeinde die Übernahme der gesamten Erschließungskosten, so ist der Vertragsinhalt teilweise rechtswidrig, weil er gegen die zwingende Vorschrift des § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG verstößt⁴, nach der sich die Gemeinden zu mindestens 10 % selbst an den Erschließungskosten beteiligen müssen.

Von dem Vertrag contra legem ist der Fall zu unterscheiden, daß der Vertragsgegenstand zwar gesetzlich vorgeregelt, der Vertragsinhalt aber nicht im offenen Widerspruch zu einer Norm steht (Vertrag praeter legem). Ergibt sich aus dem Gesamtinhalt des Gesetzes, daß die vorhandenen zwingenden Normen den betreffenden Sachverhalt abschließend regeln,

1 Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 22 II c (S. 100 f.); Forsthoff, VwR I, § 13, 2 b (S. 263); Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (221 ff.); Haueisen, NJW 1963, 1329 (1330).

2 Ausführlich zur Abgrenzung zwischen zwingenden und nachgiebigen Vorschriften: Larenz, BGB-AT, § 1 V (S. 27 ff.).

3 Beispiele für dispositive Normen im öffentlichen Recht bei: Mussgnug, S. 62 ff.

4 Vgl. BVerwG, Urt. v. 23. 4. 1969 - IV C 69.67 - in BVerwGE 32, 37 (38 ff.); BGH, Urt. v. 10. 12. 1975 - VIII ZR 306/74 - in NJW 1976, 415 f.; - dagegen handelt es sich nach Göldner, JZ 1976, 352 (356) um dispositives Recht.

so ist der Inhalt eines davon abweichenden Vertrages rechtswidrig. Die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen Abgaben oder Steuern erlassen werden können, sind z. B. abschließend geregelt, so daß ein weitergehender vertraglicher Erlaß rechtswidrig ist¹. Andererseits kann die Auslegung eines Gesetzes auch ergeben, daß die normierten Ermächtigungsgrundlagen nicht ergänzungsfähig sind und daher die Eingriffsbefugnisse der Behörden vertraglich nicht erweitert werden dürfen². So sind etwa die Vorschriften, unter denen vertragliche Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt³ oder die Stilllegung bzw. der Abbruch eines Bauwerkes verlangt⁴ werden dürfen, in den entsprechenden Gesetzen durch abschließende und zwingende Vorschriften normiert.

Ist der Vertragsgegenstand dagegen gesetzlich nicht oder nicht abschließend vorgeregelt (Vertrag extra legem), so ergeben sich die Rechtmäßigkeitsschranken für den Vertragsinhalt ausschließlich aus den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen. Bei solchen Verträgen ist insbesondere der Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitssatz zu beachten.

Zusammenfassend können die sich aus dem Gesetzesvorrang ergebenden Rechtmäßigkeitsgrenzen für öffentlich-rechtliche Verträge wie folgt konkretisiert werden: der Inhalt eines Vertrages ist rechtswidrig, wenn er einer zwingenden Einzelnorm oder einem Gesetz widerspricht, das den Vertragsgegenstand abschließend regelt und daher nicht ergänzungsfähig ist.

1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 5. 6. 1959 - VII C 83.57 - in BVerwGE 8, 329 (330 ff.); Urt. v. 18. 4. 1975 - VII C 15/73 - in VerwRspr. 27, Nr. 50, S. 216 ff.

2 Auch dies ist eine Folge des Gesetzesvorranges, nicht des Gesetzesvorbehaltes; vgl. Jesch, S. 190; Konrad, S. 109.

3 S. o. S. 42.

4 Vgl. zu diesem Fall bereits oben S. 28.

2) Vorbehalt des Gesetzes

Weiter ist zu untersuchen, inwieweit der Gesetzesvorbehalt den rechtmäßigen Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages begrenzt. Dieses Prinzip ist ebenso wie in der WRV nicht ausdrücklich im GG normiert; ihm kommt jedoch Verfassungsrang zu, weil es sich unmittelbar aus den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt bzw. Art. 20 GG ableiten läßt¹. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt zur Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts führt, muß danach unterschieden werden, ob der Bürger oder die Behörde sich zu Leistungen verpflichtet, deren Erbringung die andere Vertragspartei nicht schon kraft Gesetzes verlangen kann.

a) Vertragliche Pflichten des Bürgers

Übernimmt der Bürger vertraglich eine Pflicht, die nicht gesetzlich vorgeregelt ist, so stellt sich die Frage, inwieweit die fehlende Normierung dieser Verpflichtung durch den Vertragsschluß ersetzt wird.

Die Bedeutung des Gesetzesvorbehaltes muß dabei auf seinen Grundgedanken zurückgeführt werden, weil dieses Prinzip nicht ausdrücklich gesetzlich niedergelegt ist. Der ursprüngliche Inhalt des Gesetzesvorbehaltes bestand darin, daß ein e i n s e i t i g e s Handeln des Staates durch Zwang und Befehl, also durch belastenden Verwaltungsakt, von einer gesetzlichen Ermächtigung gedeckt sein muß².

1 Vgl. dazu: Jesch, S. 134 ff.; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20 RdNr. 128; BVerfG, Beschl. v. 28. 10. 1975 - 2 BvR 883/73 - in BVerfGE 40, 237 (248 f.).

2 Vgl. etwa Jesch, S. 167 ff., 201; Bullinger, Vertrag, S. 93; Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (432 f.); Rebhan, S. 222; Stützle, S. 140; Konrad, S. 108.

Seine erste Ausprägung fand dieser Grundsatz durch die Anerkennung der Sätze "nulla poena sine lege" bzw. "nulum vectigal sine lege"¹. Maßgebend war dabei nicht allein der Gedanke, daß eine Strafe oder Steuer nur auferlegt werden durfte, wenn dies vorher gesetzlich bestimmt war, entscheidend war vielmehr auch, daß ein Gesetz nur unter Beteiligung der Volksvertretung zustandekommen konnte. Dies bedeutete wiederum, daß die Volksrepräsentanten bestimmten Eingriffen in die Individualsphäre der Betroffenen in d e r e n Namen zustimmten². Das Gesetz war daher "der eigene, fingierte Wille des Bürgers"³.

Schon dieser kurze Rückblick zeigt, daß eine nicht schon kraft Gesetzes bestehende, sondern vertraglich übernommene Pflicht des Bürgers nicht ohne weiteres unter Berufung auf den Gesetzesvorbehalt als rechtswidrig beurteilt werden kann⁴. Vielmehr soll dieses Prinzip die Einwilligung des Betroffenen sichern; es bezieht sich damit nach seinem Grundgedanken nicht auf solche Fälle, in denen die fingierte Zustimmung im Wege der Gesetzgebung durch ein im Vertrag ausdrücklich erklärtes Einverständnis ersetzt wird. Insofern ist vielmehr der Satz "volenti non fit iniura"

1 Jesch, S. 103 ff.; Kleiser, S. 60; Konrad, S. 106.

2 Jesch, S. 103 ff., 109, 169; Erichsen, Grundlagen, S. 141 ff., 169; Kleiser, S. 52.

3 Jesch, S. 119.

4 So aber: Raebel, DVBl. 1976, 406 (407); Knack, DVBl. 1965, 709 (711); Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (549); Bosse, S. 51 ff.; Imboden, S. 70; Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 27 III (S. 241).

gültig, weil der Gesetzesvorbehalt seinerseits auf diesem Gedanken beruht¹.

Es kommt daher allenfalls die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts² auf vertragliche Pflichten des Bürgers in Betracht, wenn dieser sonst nicht hinreichend geschützt wäre.

Für subordinationsrechtliche Verträge normieren jedoch bereits §§ 56, 59 Abs. 2 Ziff. 4 VwVfG ausreichende Schutzbestimmungen zugunsten des Bürgers. Diese Vorschriften unterscheiden danach, ob der Bürger bereits kraft Gesetzes einen Anspruch auf die Leistung der Behörde hat oder nicht.

Besteht ein solcher Anspruch, so ist die Verpflichtung des Bürgers nur unter der Voraussetzung wirksam³, daß ihm diese Pflicht auch bei dem potentiellen Erlaß eines Verwaltungsaktes durch eine rechtmäßige Nebenbestimmung auferlegt werden könnte. In diesem Fall ist die Behörde somit

1 Jesch, S. 209 f.; Erichsen, Grundlagen, S. 141; - Im Ergebnis ebenso: Otto Mayer, AöR 3 (1888), 3 (38 f.); ders., VwR Bd. I, S. 98. Unter Berufung auf Otto Mayer sah der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931 (Begr. zu Art. 64, S. 226), der im übrigen in Art. 47 die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge anerkannte, folgende Regelung des Gesetzesvorbehalts vor:

Art. 64

- (1) Verwaltungsakte, die von einem Einzelnen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen fordern, sind nur auf Grund einer Ermächtigung durch Rechtsvorschrift zulässig.
- (2) Der Mangel einer Ermächtigung wird geheilt, wenn der Betroffene dem Verwaltungsakt ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. ...

2 Vgl. hierzu: BVerfG, Beschl. v. 6. 5. 1958 - 2 BvL 37/56 - in BVerfGE 8, 155 (167 ff.); Beschl. v. 28. 10. 1975 - 2 BvR 883/73 - in BVerfGE 40, 237 (249 ff.); Jesch, S. 171 ff.

3 § 59 Abs. 2 Ziff. 4 VwVfG.

bei der Ausgestaltung des Vertrages in demselben Umfang an den Gesetzesvorbehalt gebunden wie bei einer entsprechenden Regelung durch Verwaltungsakt¹.

Hat der Bürger dagegen nicht schon kraft Gesetzes einen Anspruch auf die Leistung der Behörde, so kann er sich wirksam nur innerhalb der Schranken zu einer Gegenleistung verpflichten, die schon vor Inkrafttreten des VwVfG unter dem Gesichtspunkt des Kopplungsverbotes² anerkannt waren³.

Für koordinationsrechtliche Verträge schließlich gelten gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG ausschließlich die Unwirksamkeitsgründe des Zivilrechts. Auch diese Sicherung ist ausreichend, weil bei diesem Vertragstyp für den Bürger nicht der Erlass eines Verwaltungsaktes drohend im Hintergrund steht und die Interessenlage daher mit der im Zivilrecht vergleichbar ist⁴.

Auf Grund dieser detaillierten Schutzbestimmungen zugunsten des Bürgers besteht kein Bedürfnis für eine erweiterte Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts⁵. Die materielle Rechtmäßigkeit

1 EVwVfG 1963, Begr. zu § 42 Abs. 2, S. 198; Ule/Laubinger, VwVfR, § 68 III 4 (S. 284); Weiß, S. 54; Konrad, S. 118 f.

2 Vgl. zum bisherigen Recht: BGH, Urt. v. 15. 2. 1972 - V ZR 105/70 - in DVBl. 1972, 824 (825 f.) mit Bespr. von Menger, VerwArch 64 (1973), 203 (205 ff.); BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1973 - IV C 22.72 - in DVBl. 1973, 800 (803) mit Bespr. v. Mutius, VerwArch 65 (1974), 201 (211 ff.).

3 Nach Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (676), Bisek, S. 86 f. setzt das VwVfG dem Austauschvertrag sogar engere Grenzen als dem "Austausch-Verwaltungsakt"; vgl. zur Auslegung des § 36 VwVfG aber BVerwG, Urt. v. 21. 10. 1970 - IV C 165.65 - in BVerwGE 36, 145 (146).

4 Vgl. Weiß, S. 61; Laubinger, JA 1976, 339; Becker, JR 1976, 485 (490); BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975 - IV C 79/73 - in VerwRspr. 27, Nr. 31, S. 132 (135) zu §§ 121 ff. schl.-hol. LVwVG.

5 Vielmehr lassen sich §§ 56, 59 VwVfG selbst als Ermächtigung Grundlage ansehen, die - im Gegensatz zu § 54 VwVfG - auch hinreichend konkretisiert sind.

keit vertraglich begründeter Pflichten des Bürgers wird daher durch den Gesetzesvorbehalt nicht begrenzt¹.

b) Vertragliche Pflichten der Behörde

Verpflichtet sich dagegen die Behörde zu einer Leistung, deren Erbringung der Bürger nicht schon kraft Gesetzes verlangen kann, so ist unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts zu untersuchen, inwieweit die Handlungskompetenz der Exekutive einer besonders legislativen Ermächtigung bedarf². Schon aus dieser Fragestellung ergibt sich, daß der Gesetzesvorbehalt die materielle Rechtmäßigkeit vertraglich übernommener Pflichten einer Behörde begrenzt³, weil der Einwilligung des Bürgers nur für Eingriffe in seinen Rechtskreis, nicht aber für eigene Begünstigungen auf Kosten der Allgemeinheit legitimierende Wirkung zukommen kann. Daraus folgt, daß die verfassungsrechtlichen Schranken für die Leistungsverwaltung den rechtmäßigen Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages unmittelbar begrenzen und daher ebenfalls zwingendes, also durch Vertrag nicht ergänzungsfähiges Recht beinhalten.

Die Frage, ob die Vergabe staatlicher Leistungen ebenso wie einseitige Eingriffe einer materiell-gesetzlichen Ermächti-

1 So im Ergebnis: BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1973 - IV C 22.72 - in BVerwGE 42, 331 (335); Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II d 1 beta (S. 347); Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (431 ff.); Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (97); Göldner, JZ 1976, 352 (355); Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 III (S. 278); Bisek, S. 110 f.; Konrad, S. 107 ff.; Rebhan, S. 228 f.

2 Jesch, S. 171 ff.

3 Vgl. etwa: Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II d 1 alpha (S. 347); Bisek, S. 94; Bosse, S. 60 f.; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 52.

gungsgrundlage bedürfen, ist nach wie vor ungeklärt. Die Rechtsprechung und ein gewichtiger Teil der Literatur halten ein entsprechendes Haushaltsgesetz in Verbindung mit dem Haushaltsplan für ausreichend und erforderlich, weil die Initiative der Exekutive gehemmt und die Überforderung der Legislative vergrößert werde, wenn der Gesetzesvorbehalt auch auf den Bereich der leistenden Verwaltung ausgedehnt werde¹.

Dabei wird aber übersehen, daß es dem Gesetzgeber auch für die Eingriffsverwaltung gelungen ist, ebenso vielgestaltige Sachverhalte wie bei der Leistungsverwaltung in rechtsstatistisch unbedenklicher Weise zu normieren. Als Beispiel hierfür sei die Generalklausel im Bereich der Gefahrenabwehr genannt². Ist aber eine normative Regelung der Leistungsverwaltung möglich, so kann auf eine Ermächtigungsgrundlage nur verzichtet werden, wenn der Nachweis gelingt, daß sich der Regelungsbereich des Gesetzesvorbehalts allein auf die Eingriffsverwaltung beschränkt. Dem steht aber schon entgegen, daß eine praktikable Abgrenzung zwischen Leistungs- und Eingriffsverwaltung nicht möglich ist³. Dies zeigt sich deutlich bei der Subventionsvergabe als typischem Fall der Leistungsverwaltung. Hier ist die Subventionsgewährung meist nicht einmal für den Empfänger ausschließlich begünstigend⁴. Darüberhinaus greift der Staat durch die Subventionierung in eine vorgegebene Wettbewerbslage und damit in die von Art

1 BVerwG, Urt. v. 21. 3. 1958 - VII C 6.57 - in BVerwGE 6, 283 (287 ff.); Urt. v. 19.6. 1963 - V C 176.62 - in DVBl. 1963, 859; Urt. v. 17. 3. 1977 - VII C 59.75 - in NJW 1977, 1838 (1839); Ipsen, VVdStRL 25 (1967), 257 (291); Wolff, VwR III, § 138 III b (S. 170); Bullinger, Vertrag, S. 95 ff.

2 Rupp, Grundfragen, S. 126 f.; Menger, Demokratie, S. 299 (312), der weiterhin (S. 302 ff.) auf das Recht der Namensänderung hinweist.

3 Rupp, Grundfragen, S. 126; Jesch, S. 182 f.; Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 3 I b 2 (S. 19).

4 Ausführlich hierzu Menger, VerArch 69 (1978), 93 (95) m. w. N.

2 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit derjenigen Konkurrenten ein, welche die Voraussetzungen der Subventionsvergabe nicht erfüllen¹. Für diese Belastung scheidet mangels hinreichender Konkretisierung das Haushaltsgesetz als Ermächtigungsgrundlage aus². Rechtsstaatlich unbedenklich ist daher allein die Auffassung, daß der Gesetzesvorbehalt in vollem Umfang auch für die Leistungsverwaltung gilt³.

3) Zwischenergebnis

Aus dem Gesetzesvorrang und -vorbehalt ergeben sich folgende Grenzen für den Inhalt öffentlich-rechtlicher Verträge: Der Vertragsinhalt ist rechtswidrig, wenn er im Widerspruch zu einer zwingenden Einzelnorm oder einem Gesetz steht, welches den Vertragsgegenstand abschließend regelt und daher nicht ergänzungsfähig ist. Dazu zählt auch der Fall, daß die Behörde vertraglich eine Pflicht übernimmt, zu deren Erbringung keine legislative Ermächtigung besteht. Allein die Tatsache, daß der Bürger vertraglich eine nicht schon kraft Gesetzes bestehende Pflicht übernimmt, führt dagegen nicht zur Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts. Allerdings kann die Auslegung des Gesetzes ergeben, daß die normierten Eingriffsbefugnisse der Behörde vertraglich nicht erweitert werden dürfen.

1 BVerwG, Urt. v. 30. 8. 1968 - VII C 122.62 - in BVerwGE 30, 191 (197 f.); Ipsen, VVdStRL 25 (1967), 257 (302 f.); Menger, VerwArch 69 (1978), 93 (96).

2 VG Berlin, Urt. v. 31. 10. 1973 - I A 194.72 - in DÖV 1974, 100 (103); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 22. 10. 1974 - 1 BvL 3/74 - in DÖV 1975, 132 (133), nach dem das Haushaltsg keine Außenwirkung hat.

3 So: Menger, Demokratie, S. 299 (310 ff.); ders., VerwArch 52 (1961), 196 f.; Jesch, S. 178 ff. (204 f.); Rupp, Grundfragen, S. 143; ebenso für Pressesubventionen: VG Berlin, Urt. v. 31. 10. 1974, a.a.O.; Urt. v. 15. 5. 1974 - I A 240..73 - in DVBl. 1975, 268 (269 f.); OVG Berlin, Urt. v. 25. 4. 1975 - II B 86.74 - in DVBl. 1975, 905 (907 f.); - Das BVerfG, Beschl. v. 22. 10. 1974, a.a.O. hat diese Frage ausdrücklich offengelassen.

II Nichtigkeit inhaltlich rechtswidriger Verträge

Es stellt sich damit die Frage, ob sich der Vollstreckungsschuldner stets erfolgreich auf die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts berufen kann, d. h. ob ein rechtswidriger Vertrag generell nichtig ist. Dies soll im folgenden zunächst an Hand des VwVfG untersucht werden. Im Anschluß daran wird die Nichtigkeit von Vergleichsverträgen und solchen Verträgen erörtert, auf die das VwVfG nicht anwendbar ist.

1) Regelung des VwVfG

Als Regelungen über die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge kommen §§ 54, 59 VwVfG in Betracht.

a) Zulässigkeitsregelung des § 54 VwVfG

Gemäß § 54 S. 1 VwVfG kann vertraglich ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Der Wortlaut dieser Vorschrift läßt es offen, ob damit der Vertrag als Handlungsform¹ für zulässig erklärt oder auch seine materielle Wirksamkeit geregelt wird.

Gegen die Annahme, daß § 54 VwVfG sich auch auf den zulässigen Vertragsinhalt bezieht², spricht aber die Gesetzes-systematik. Nach § 54 S. 2 VwVfG kann die Behörde "insbe-

¹ So ausdrücklich § 121 schl.-hol. LVwG.

² So: Ule/Laubinger, VwVfR, § 67 III (S. 278); Klückmann, SKV 1977, 98 (99); Obermayer, BayVBl. 1977, 546 (549); Schapals, BWVPr. 1978, 74 (75); Konrad, S. 113; Weiß, S. 34.

sondere" einen Vertrag schließen, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen. Damit wird unter Bezugnahme auf den vorhergehenden Satz die Handlungsform des subordinationsrechtlichen Vertrages für zulässig erklärt, so daß die Annahme nahe liegt, daß auch § 54 S. 1 VwVfG ausschließlich diese Frage regelt.

Diese Auslegung wird durch die amtlichen Überschriften ausdrücklich bestätigt. Danach betrifft § 54 VwVfG die "Zulässigkeit" und § 59 VwVfG die "Nichtigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages".

§ 54 VwVfG regelt somit ausschließlich die Zulässigkeit des Vertrages als Handlungsform¹, während sich dessen materielle Wirksamkeit nach § 59 VwVfG beurteilt.

b) Nichtigkeitsregelung des § 59 VwVfG

§ 59 Abs. 1 VwVfG erklärt die Nichtigkeitsgründe des BGB für entsprechend anwendbar. Ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist gemäß § 59 Abs. 2 VwVfG "ferner" nichtig, wenn ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts nichtig oder aber nur rechtswidrig wäre und dies beiden Vertragsparteien bekannt war².

1 So im Ergebnis: Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (411); Göldner, JZ 1976, 352 (354); Götz, JuS 1970, 1 (3); Lau-binger, JA 1976, 339; Müller, Die Verwaltung 1977, 513 (522 f.); Schleicher, VwVfG, Anm. zu § 54; Menger/Erichsen, VerwArch 58 (1967), 171 (177); Bisek, S. 43 ff.; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II c 2 (S. 346).

2 Diese Regelung haben mit Ausnahme von Schleswig-Holstein alle Länder in ihre VwVfG'e (sämtlich abgedruckt bei Eichler, VwVfG) übernommen.

Dieser Vorschrift wird überwiegend unter Berufung auf die amtliche Begründung entnommen, nicht jeder rechtswidrige Vertrag sei nichtig. Vielmehr wird die Unwirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge allenfalls unter dem Gesichtspunkt des § 134 BGB untersucht¹. Dabei wird eingeräumt, daß nicht jede Vorschrift, deren Verletzung zur Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts führt, ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB enthält. Dieser Ansatzpunkt führt zu dem Ergebnis, daß öffentlich-rechtliche Verträge "bestandskräftig"², also trotz Rechtswidrigkeit wirksam sein können³. Von dieser Prämisse ausgehend wird teilweise

1 Die Anwendbarkeit des § 134 BGB bezweifeln: Göldner, JZ 1976, 352 (357); Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (436); Götz, DöV 1973, 298 (299); Scholz, VwR II, S. 87; Schleicher, StGb 1976, 335 (338). - Die Nichtigkeitsgründe des § 59 Abs 2 VwVfG gelten nur für subordinationsrechtliche Verträge. Die Nichtanwendbarkeit des § 134 BGB im Rahmen des § 59 Abs. 1 VwVfG hätte daher zur Folge, daß der Schuldner sich in einem koordinationsrechtlichen Vertrag selbst zu strafbaren Handlungen wirksam verpflichten könnte. Vgl. dazu auch: Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 II 4 (S. 293 f.); Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II e 1 (S. 349).

2 Martens, AÖR 89 (1964); 429 (466); Redeker, DöV 1966, 543 (546); Haueisen, NJW 1969, 122 (124); Obermayer, RiA 1976, 101 (108); Schleicher, DöV 1976, 550 (555); Scholler/Broß, BayVBl. 1977, 225 (229); Frank, DVBl. 1977, 682 (684) - Der Begriff der Bestandskraft kann aber nicht ohne weiteres auf rechtswidrige Verträge übertragen werden, weil die Möglichkeit der Rücknahme von Verwaltungsakten das wesentliche Merkmal der Bestandskraft ist - vgl. Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 52 I c (S. 443) -, § 59 VwVfG die Rücknahmeregeln des § 48 VwVfG aber nicht für anwendbar erklärt. Vgl. dazu insbesondere: Renck, NJW 1970, 737 ff.; BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84.73 - in DVBl. 1976, 217 (218 f.).

3 Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II e (S. 348); Bisek, S. 130 ff.; Klückmann, SKV 1977, 98 (101); Kottke, S. 104 f.; Zimmermann, DöV 1977, 209 (211); Gern, S. 92 f.; VG Oldenburg, Urt. v. 10. 4. 1975 - II A 19/75 - in DVBl. 1976, 404 (406).

geltend gemacht, § 59 VwVfG verstoße gegen rechtsstaatliche Prinzipien¹ bzw. die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG².

Bevor auf die amtliche Begründung zu § 59 VwVfG eingegangen wird, soll hier zunächst die gesetzliche Regelung selbst untersucht werden.

aa) Generelle Nichtigkeit rechtswidriger Verträge im Zivilrecht

§ 59 Abs. 1 VwVfG verweist generell auf das BGB, so daß sich die Frage stellt, wie im Zivilrecht die Wirksamkeit solcher Verträge beurteilt wird, deren Inhalt zwar nicht gegen ein Verbotsgesetz verstößt, aber dennoch rechtswidrig ist.

Die materielle Rechtswidrigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages beruht darauf, daß sein Inhalt einem zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Gesetz widerspricht³. Auch im

1 Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (435 ff.); Baring, DVBl. 1965, 180 (184); Forsthoff, VwR I, S. 279, 283; Götz, DÖV 1973, 298 (299 ff.); ders., NJW 1976, 1425 (1430); Stern, EvStL, Sp. 2757; Maurer, JuS 1976, 485 (495); Konrad, S. 144; Ule/Laubinger, VwVfR, § 70 I (S. 292); Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (673, 679); Schenke, JuS 1977, 281 (283 ff.); Schapals, BWVPr, 74 (76); Scholz, VwR II, S. 86 ff.

2 Pötter, Der Staat, Bd. 3 (1964), 183 (184 f.); Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 27 IV (S. 245 f.); Erichsen, VerwArch 68 (1977), 65 (69); Götz, DÖV 1973, 298 (302); Konrad, S. 147; Stahl, S. 47 f.; Stützle, S. 171.

3 S. o. S. 112 ff. (123).

Zivilrecht gibt es solche Normen. Zu den zwingenden Vorschriften des BGB gehören etwa die meisten Regelungen des Miet- oder Vereinsrechts¹, zu den abschließend geregelten Sachverhalten die meisten Bereiche des Sachen-, Familien- und Erbrechts².

Zunächst versuchte die zivilrechtliche Judikatur, solchen Vorschriften Geltung zu verschaffen, indem ihnen die Bedeutung eines gesetzlichen Verbots i. S. d. § 134 BGB beigemessen wurde. So beurteilte das RG eine unter Verstoß gegen § 181 BGB getroffene Vereinbarung als "verbotswidriges Vertragsschließen"³.

Schon frühzeitig wurde die "logische Ungenauigkeit"⁴ einer solchen Auslegung des § 134 BGB erkannt. Ausgangspunkt ist dabei die Einteilung der Verbotsgesetze in "leges perfectae", welche die Nichtigkeit des gesetzwidrigen Geschäftes normieren, "leges minus quam perfectae", die die Wirksamkeit des Geschäftes nicht beeinträchtigen, seine Vornahme aber mit Strafe bedrohen und "leges imperfectae", die zwar ein Verbot enthalten, aber dessen Verletzung nicht sanktionieren⁵.

1 Vgl. etwa Larenz, BGB-AT, § 1 V (S. 28).

2 Vgl. etwa Larenz, BGB-AT, § 22 I (S. 375).

3 RG, Urt. v. 7. 6. 1902 - V 108/2 - in RGZ 51, 422 (426); vgl. auch RG, Urt. v. 4. 11. 1903 - I 288/3 - in RGZ 56, 104 (108).

4 v. Tuhr, BR-AT, § 69 (S. 1 f.); ähnlich: Enneccerus-Nipperdey, BGB-AT, § 190 (S. 1153).

5 v. Tuhr, BR-AT, § 69 (S. 1 Anm. 5); Enneccerus-Nipperdey, BGB-AT, § 190 (S. 1152 Anm. 2); Flume, BR-AT, § 17, 1 (S. 340 f.); Larenz, BGB-AT, § 22 II (S. 376).

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich die von Jellinek¹ entwickelte und durch von Tuhr² in das Zivilrecht übernommene "Erkenntnis des fundamentalen Gegensatzes von Dürfen und Können"³.

Die "leges minus quam perfectae" schränken das rechtliche "Dürfen" ein. Solche Normen "dürfen" nicht, "können" aber verletzt werden. Allein in diesem Bereich ist § 134 BGB anwendbar, der die Wirksamkeit eines Vertrages, der gegen eine "lex minus quam perfecta" verstößt, dem Verbotsgesetz entsprechend korrigiert. So enthalten die Strafnormen Verbotsgesetze, ohne ihrerseits die zivilrechtliche Sanktion eines Verstoßes anzuordnen. Die Nichtigkeit eines Vertrages, in dem sich der Schuldner zu einer strafbaren Handlung verpflichtet hat, ergibt sich erst aus § 134 StGB⁴.

Die hier im Vordergrund stehenden zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Gesetze stellen jedoch "leges perfectae" dar. Sie beschränken nicht das rechtliche "Dürfen" (=Verbot), sondern das rechtliche "Können" eines Rechtssubjekts. In diesen Fällen soll nicht die Vornahme bestimmter Handlungen, sondern der Erfolg eines Rechtsgeschäftes verhindert werden. Die Abänderung der gesetzlichen Regelung wird dadurch unmöglich gemacht, daß die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit begrenzt wird. Verträge, die gegen "leges

1 Jellinek, System, S. 46 ff.

2 v. Tuhr, BR-AT, § 69 I (S. 2) unter Berufung auf Jellinek, a.a.O.

3 Jellinek, System, S. 48 Anm. 1.

4 v. Tuhr, BR-AT, § 69 I (S. 3); Flume, BR-AT, § 17, 1 (S. 341).

perfectae" verstoßen, sind daher nichtig, weil der übereinstimmende Parteiwille zwingendes Recht nicht durchbrechen "kann"¹.

Kann aber ein Vertrag, der im Widerspruch zu zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Gesetzen steht, die ihm von den Parteien zugedachten Rechtswirkungen nicht entfalten, so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 134 BGB nicht mehr. Andernfalls würde untersucht, ob die Parteien "gedurft" haben, was sie rechtlich ohnehin nicht erreichen "konnten". Daher beinhaltet der Versuch, sämtliche zwingenden Vorschriften als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB auszulegen², die Unterstellung, der Gesetzgeber habe selbst den Abschluß nichtiger Rechtsgeschäfte verbieten wollen³.

Das Verhältnis zwischen zwingenden Normen und Verbotsgesetzen i. S. d. § 134 BGB läßt sich damit wie folgt umschreiben: gesetzlich verbotene Geschäfte sind zwar, wenn sich aus dem Verbot nichts anderes ergibt, gemäß § 134 BGB nichtig, nicht alle nichtigen Geschäfte sind jedoch verboten⁴.

Zivilrechtliche Verträge, die inhaltlich gegen zwingendes oder nicht ergänzungsfähiges Recht verstoßen, sind somit - ohne daß ein Rückgriff auf § 134 BGB möglich oder er-

1 Jellinek, System, S. 47 ff.; v. Tuhr, BR-AT, § 69 I (S. 2); Enneccerus-Nipperdey, BR-AT, § 190 (S. 1153); Flume, BR-AT, § 17, 2 (S. 343); Larenz, BGB-AT, § 22 II (S. 376 f.); BGH, Urt. v. 28. 2. 1956 - I ZR 84/54 - in BGHZ 20, 119 (123, 126 f.).

2 So: Staudinger/Coing, BGB, § 134 RdNr. 2; Weiß, S. 70; Suchan, S. 145; ähnlich Mellwitz, DVBl. 1962, 601 (603).

3 v. Tuhr, BR-AT, § 69 I (S. 9).

4 Lehmann/Hübner, BR-AT, § 29 III 1 (S. 193); Enneccerus-Nipperdey, BR-AT, § 190 (S. 1153).

forderlich ist - nichtig, weil die zwingende Norm die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit einschränkt¹.

bb) Geltung dieses Grundsatzes für öffentlich-rechtliche Verträge

Ist damit das Verhältnis zwischen zwingenden Normen und Verbotsgesetzen i. S. d. § 134 BGB im Zivilrecht geklärt, so muß untersucht werden, inwieweit diese Grundsätze gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG auch für öffentlich-rechtliche Verträge gelten. Dabei stellt sich nicht die Frage, ob durch eine extensive Auslegung des § 134 BGB die Wirksamkeit rechtswidriger Verträge im öffentlichen Recht sachgerecht begrenzt werden kann². Aus der generellen Verweisung des § 59 Abs. 1 VwVfG auf das BGB ergeben sich nämlich keine Anhaltspunkte dafür, daß § 134 BGB im öffentlichen Recht eine andere Bedeutung haben soll als im Zivilrecht. Vielmehr setzt umgekehrt die Annahme, daß sich die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge allein nach § 134 BGB³ richtet, den Nachweis voraus, daß der Gesetzgeber der Verwaltung für das vertragliche Handeln einen Generaldispens von sämtlichen zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Normen des öffentlichen Rechts erteilt hat.

1 Neben den bereits Genannten: Hefermehl in Soergel-Siebert, BGB, § 134 RdNr. 2; Palandt-Heinrichs, BGB, Vor § 241 Anm. 1 d, Vor § 145 Anm. 3 c; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 15. 1. 1958 - 1 BvR 400/51 - in BVerfGE 7, 198 (206); BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1956 - V C 236.54 - in BVerwGE 4, 111 (115); OVG Münster, Urt. v. 21. 6. 1960 - VII A 1138/58 - in DöV 1960, 798.

2 So etwa: Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 59 RdNr. 1; Schenke, JuS 1977, 281 (289); Frank, DVBl. 1977, 682 (683); Maurer, JuS 1976, 485 (495); Bonk in Stelkens, VwVfG, § 59 RdNr. 31.

3 Die weiteren Nichtigkeitsgründe des BGB - wie etwa § 138 BGB - können in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.

(1) Wortlaut des § 59 Abs. 1 VwVfG

Diese Folgerung läßt sich jedenfalls nicht aus dem Wortlaut des § 59 Abs. 1 VwVfG ableiten. Dort werden zwar nur die "Vorschriften des BGB" und nicht etwa die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Zivilrechts für entsprechend anwendbar erklärt. Bei einem Verstoß gegen zwingendes oder nicht ergänzungsfähiges Recht schränkt aber nicht erst das BGB, sondern unmittelbar die "lex perfecta" selbst das rechtliche "Können" der Vertragsparteien ein¹.

(2) Anwendungsbereich des § 59 Abs. 2 VwVfG

Fraglich ist aber, ob sich für den öffentlich-rechtlichen Vertrag eine Einschränkung der Nichtigkeitsgründe, die für den privatrechtlichen Vertrag anerkannt sind, aus § 59 Abs. 2 VwVfG ergibt. Danach ist ein Vertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts nichtig bzw. rechtswidrig wäre und dies im letzteren Fall beiden Vertragsschließenden bekannt war. Es ist aber zweifelhaft, ob daraus der Umkehrschluß gezogen werden kann, daß ein rechtswidriger Vertrag in den übrigen Fällen wirksam ist².

Diese Regelung enthält auf Ausnahmen beschränkte Nichtigkeitstatbestände weil auch die dort geregelten Fälle der evidenten Rechtswidrigkeit (Ziff. 1) bzw. des kollusiven

¹ Zudem erkennt die amtl. Begr. zu § 56, BT-Drucks. VII 910, S. 83; EVwVfG 1963, Begr. zu § 48, S. 205 ausdrücklich an, daß von der gleichlautenden Verweisung des § 62 S. 2 VwVfG auf "die Vorschriften des BGB" auch die ungeschriebenen Rechtsgrundsätze des bürgerlichen Vertragsrechts erfaßt werden.

² So wohl: Göldner, JZ 1976, 352 (357); Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (436); Schleicher, StGb 1976, 335 (338); Götz, DÖV 1973, 298 (299); Schölz, VwR II, S. 87.

Zusammenwirkens der Parteien (Ziff. 2) selten vorliegenden Sachverhalte betreffen. Ein begrenzter Anwendungsbereich bleibt für § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG¹ aber auch dann eröffnet, wenn die generelle Nichtigkeit materiell rechtswidriger Verträge bereits aus § 59 Abs. 1 VwVfG gefolgt wird. In diesem Fall beschränkt sich der Regelungsbereich des § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG auf formell rechtswidrige Verträge.

Der Nichtigkeitstatbestand nach Ziff. 1 greift dann etwa ein, wenn die Vertragsurkunde² nur die berechnigte oder verpflichtete Körperschaft³, nicht aber die vertrags-schließende Behörde selbst erkennen läßt. Ein solcher Vertrag ist nach zivilrechtlichen Grundsätzen wirksam, gemäß § 59 Abs. 2 VwVfG jedoch nichtig, weil auch ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts gemäß § 44 Abs. 2 Ziff. 1 VwVfG unwirksam wäre⁴.

Die Nichtigkeitsregelung des § 59 Abs. 2 Ziff. 2 VwVfG ist z. B. in folgendem Fall anwendbar: ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in die Rechte eines Dritten ein-greift, ist gemäß § 58 VwVfG bis zu dessen Zustimmung

1 Die weiteren Nichtigkeitsgründe des § 59 Abs. 2 VwVfG können hier unberücksichtigt bleiben: der eigenständigen Anwendungsbereich des in Ziff. 4 normierten Koppelungsverbot wurde bereits untersucht - s. o. S. 119 f.; Ziff. 3 betrifft die hier zunächst ausgeklammerten Vergleichsverträge.

2 § 57 VwVfG.

3 S. dazu o. S. 72 f., 104 f.

4 Beispiel von Knack, VwVfG, § 59 RdNr. 4.1.2.

schwebend unwirksam. Schließen die Parteien in Kenntnis des Zustimmungserfordernisses den Vertrag jedoch ohne die Einwilligung des Dritten ab, so ist der Vertrag gemäß § 59 Abs. 2 VwVfG nichtig, weil ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts rechtswidrig wäre und dies den Vertragsschließenden bekannt war¹. § 59 Abs. 1 Ziff.1, 2 VwVfG behält somit auch dann einen selbständigen Anwendungsbereich, wenn die materielle Rechtswidrigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge bereits vollständig von § 59 Abs. 1 VwVfG erfaßt wird. In Anbetracht dessen verbietet sich aber ein Umkehrschluß aus § 59 Abs. 2 VwVfG. Die in dieser Vorschrift enthaltene Formulierung "ist ferner nichtig", stellt nämlich klar, daß die Nichtigkeitsgründe des Zivilrechts nicht begrenzt, sondern erweitert werden sollen².

Aus § 59 VwVfG ergeben sich damit keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge anders als im Zivilrecht geregelt hat, indem er die Behörde für das vertragliche Handeln von der Beachtung sämtlicher zwingender oder nicht ergänzungsfähiger Normen freigestellt hat³. Die Annahme, daß von der Verweisung des § 59 Abs. 1 VwVfG auf das Zivilrecht auch der dort anerkannte Grundsatz der generellen Nichtigkeit rechtswidriger Verträge erfaßt wird, lassen die Regelungen des VwVfG über den öffentlich-rechtlichen Vertrag jedenfalls zu.

1 Beispiel von Schenke, JuS 1977, 281 (289).

2 Schenke, JuS 1977, 281 (288); Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Anm. zu § 59; Schleicher, VwVfG, Anm. zu § 59.

3 Vgl. Götz, JuS 1970, 1 (3); Thieme, NJW 1974, 2201 (2204). - Die generelle Subsidiarität des VwVfG gegenüber entgegenstehenden Vorschriften wird vielmehr von § 1 VwVfG ausdrücklich betont.

(3) Verfassungsrechtliche Grenzen einer Dispensationsermächtigung

Diese Auslegung ist zudem zwingend geboten, wenn ein anderes Ergebnis gegen Verfassungsgrundsätze verstoßen würde. Wird die Wirksamkeit rechtswidriger Verträge ausschließlich nach § 134 BGB beurteilt, so bedeutet dies, daß die Behörden beim Abschluß eines Vertrages von der Einhaltung sämtlicher zwingender oder nicht ergänzungsfähiger Normen des öffentlichen Rechts befreit sind.

Zwar ist heute grundsätzlich anerkannt, daß die Verwaltung gesetzlich ermächtigt werden kann, von einer an sich zwingenden Norm abzuweichen¹ (sog. Dispensationsermächtigung²). Eine derartige gesetzliche Ermächtigung kann aber nicht schrankenlos zulässig sein³, weil dadurch die Entscheidung über die Geltung des allgemeinen Gesetzes vom Gesetzgeber auf die ermächtigte Behörde verlagert wird. Diese vollzieht nicht mehr das allgemeine Gesetz, sondern schränkt dessen Geltung gerade ein. M a t e r i e l l handelt es sich dabei um einen actus contrarius zur Gesetzgebung und teilt daher materiell ihre Rechtsnatur⁴. Schon aus dem Grundgedanken des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ergibt sich aber, daß die

1 Mussgnug, S. 59 ff. m. w. N.; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 48 II c 1 (S. 406); - anders noch Bay VGH, Beschl. v. 26. 7. 1956 - 23 VI 55 - in BayVBl. 1956, 283 (285).

2 Mussgnug, S. 59.

3 Anders wohl BVerwG, Urt. v. 17. 1. 1958 - VII C 23.57 - in BVerwGE 6, 119 (124) für Dispensationsermächtigungen zum Erlass von begünstigenden Verwaltungsakten; kritisch dazu: Mussgnug, S. 112 f., 127 f; Erichsen, DVBl. 1967, 269 f. (anders ders. wohl jetzt in VerwArch 68 (1977), 65, 69).

4 Mussgnug, S. 126; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 12. 11. 1958 - 2 BvL 4/57 - in BVerfGE 8, 274 (325); BVerwG, Urt. v. 20. 5. 1955 - V C 14.55 - in BVerwGE 2, 114 (116); Menger, VerwArch 52 (1961), 196 (211 FN 46).

Möglichkeit, materielle Gesetzgebungsmacht auf die Verwaltung zu übertragen, nur in engen Grenzen zulässig sein kann¹. Diese konkretisiert etwa der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG dahingehend, daß der Gesetzgeber selbst die Normen so gestalten muß, daß ihre Anwendung gegenüber jedermann in jedem gleichliegenden Fall gesichert ist. Dies bedeutet wiederum, daß die Legislative die Voraussetzungen, unter denen Ausnahmen von der Geltung der allgemein zwingenden Gesetze zulässig sind, nicht in das Ermessen der Exekutive stellen darf, sondern diese Voraussetzungen selbst normieren muß².

Diesem Erfordernis genügt aber § 59 VwVfG nicht, wenn diese Vorschrift als Dispensationsermächtigung interpretiert wird. Vielmehr stünde es dann im Ermessen³ der Behörde, von an sich zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Normen bis an die Grenze der Sittenwidrigkeit und des evidenten bzw. kollusiven unrechtmäßigen Zusammenwirkens⁴ abzuweichen⁵.

1 Nach Mussgnug, S. 133, ist das Konkretisierungsgebot des Art. 80 GG auf Dispensationsermächtigungen analog anzuwenden.

2 Bettermann, Der Staat, Bd. 1 (1962), 79 (89 f.); im Ergebnis ähnlich: BVerfG, Beschl. v. 6. 5. 1958 - 2 BvL 37/56 - in BVerfGE 8, 155 (171); BVerwG, Urt. v. 20. 5. 1955 - V C 14.55 - in BVerwGE 2, 114 (117); Hess VGH, Urt. v. 21. 3. 1952 - OS II 3/51 - in ESVGH 2, 125 (128); Mussgnug, S. 120, 136 f.; Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (436); Schröder, S. 141.

3 § 54 VwVfG.

4 §§ 138 BGB, 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG.

5 Mit ähnlicher Formulierung lehnte Bullinger, Vertrag, S. 255, den öffentlich-rechtlichen Vertrag als Handlungsform ab.

Diese Überlegungen können nicht mit dem Argument widerlegt werden, dem Vertragsschluß komme eine ähnliche Bedeutung zu wie dem Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist nach Erlass eines Verwaltungsaktes¹. Die damit angesprochene Bestandskraft beruht auf dem Gedanken der Rechtssicherheit im Einzelfall und hat daher grundsätzlich nur für den Bürger, nicht aber wie der Vertrag auch für die Behörde unabänderliche Wirkungen². Zudem rechtfertigt sich die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes ausschließlich aus seiner besonderen Natur als - insoweit einem Urteil ähnlichen - autoritativen Rechtserkenntnisakt³. Dadurch wird nicht generell das zwingende Recht zur Disposition der Beteiligten gestellt, sondern lediglich der einseitigen Ausübung von Hoheitsbefugnissen, die im Rahmen der vertraglichen Koordination gerade ausgeschlossen ist⁴, besondere Wirkungen verliehen.

Die Annahme, daß sich die Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ausschließlich nach § 134 BGB richtet, führt daher zu einem verfassungswidrigen Ergebnis. Dieser Gesichtspunkt bestätigt die Auslegung des § 59 VwVfG, nach der im öffentlichen ebenso wie im privaten Recht alle rechtswidrigen Verträge nichtig sind.

1 So: Stein, AÖR 86 (1961), 320 (330 f.); Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II e 3 (S. 349); Bisek, S. 140; Frank, DVBl. 1977, 682 (686); Martens, AÖR 89 (1964), 429 (465).

2 Vgl. §§ 48 ff. VwVfG.

3 Vgl. Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (438); Schröder, S. 76 f.; Maurer, JuS 1976, 485 (495); Konrad, S. 145 f.; Suchan, S. 142.

4 S. o. S. 17 ff., 34, 94 ff.

(4) Gesetzesmaterialien

Es ist weiterhin zu untersuchen, ob diese Auslegung der amtlichen Begründung zum VwVfG widerspricht¹.

Nach den Gesetzesmaterialien enthält § 59 VwVfG unter "Abwägung zwischen den Grundsätzen der unbedingten Vertragsverbindlichkeit² und der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns" ... "einige eng umgrenzte Nichtigkeitstatbestände" ... "Für alle übrigen Fälle ist damit klargestellt, daß die Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsaktes die Wirksamkeit der getroffenen öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nicht in Frage stellt" und auch nicht über § 134 BGB angezweifelt werden kann³. Dem kann nur entnommen werden, daß ein Vertrag nicht generell unwirksam ist, wenn ein inhaltsgleicher Verwaltungsakt rechtswidrig wäre. Die Rechtmäßigkeitsschranken des Verwaltungsaktes gelten jedoch nicht in vollem Umfang für den öffentlich-rechtlichen Vertrag⁴. Aus diesen Ausführungen ergibt sich daher nicht, daß nach dem Willen des Gesetzgebers rechtswidrige Verträge wirksam oder die Nichtigkeitsgründe des Zivilrechts nicht auch uneingeschränkt für öffentlich-rechtliche Verträge gelten sollen.

Vielmehr betont die amtliche Begründung an anderer Stelle, daß der "Grundsatz der Vertragsfreiheit im öffentlichen Recht nur sehr beschränkt Geltung beanspruchen" kann, ... weil die Behörde "auch beim vertraglichen Handeln an

1 Vgl. zur Frage, inwieweit die Gesetzesmaterialien bei der Auslegung von Gesetzen berücksichtigt werden können: BVerfG, Urt. v. 21. 5. 1952 - 2 BvH 2/52 - in BVerfGE 1, 299 (312); Beschl. v. 17. 5. 1960 - 2 BvL 11/59 - in BVerfGE 11, 126 (129 ff.).

2 S. dazu bereits oben S. 113 f.

3 Amtl. Begr. zu § 55, BT-Drucks. VII 910, S. 81; EVwVfG 1963, Begr. zu § 45, S. 199 f.

4 S. o. S. 117 ff.

die rechtsstaatlichen Schranken gebunden" ist¹. Darüber hinaus erkennt der EVwVfG 1963 sinngemäß den Satz "ius publicum pactis privatorum mutari nequit"² an³. Schließlich weisen die Gesetzesmaterialien ausdrücklich auf die "Wirk-samkeitsschwäche" des öffentlich-rechtlichen Vertrages ge-genüber dem privatrechtlichen hin⁴.

Die Auslegung des § 59 VwVfG, nach der rechtswidrige Ver-träge im öffentlichen Recht generell nichtig sind, steht daher auch nicht im Widerspruch zu den Gesetzesmaterialien⁵.

1 Amtl. Begr. zu § 50, a.a.O., S. 79; EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 193; ähnlich: amt. Begr. zu § 51, a.a.O., S. 80; EVwVfG 1963, Begr. zu § 41, S. 195.

2 Forsthoff, DVBl. 1957, 724 (725).

3 EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 192 unter Berufung auf Forsthoff, a.a.O.: "Danach sind im Bereich zwingender Rechtsnormen ohne Ermessensermächtigung die Grenzen hoheitlicher Gewaltausübung ... grundsätzlich jeder rechts-geschäftlichen Veränderung, sei es zugunsten oder sei es zuungunsten des Staatsbürgers entzogen."

4 Amtgl. Begr. zu § 50, a.a.O., S. 78; EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 188: "Eine Abgrenzung gegenüber dem privatrecht-lichen Vertrag ist schon deshalb erforderlich, weil der Gefahr vorgebeugt werden muß, daß ein fehlerhafter öffent-lich-rechtlicher Vertrag lediglich als privatrechtlicher Vertrag ausgegeben wird, um seine Rechtsbeständigkeit zu retten."

5 Auch Wolff folgerte in der 7. Auflage (VwR I, § 44 II d, S. 284; anders in der 8. Auflage, § 44 II e, S. 311) aus § 45 EVwVfG 1963 die generelle Nichtigkeit rechtswidriger Verträge im öffentlichen Recht. - Im Ergebnis ebenso schon Appelt, S. 220 f.: "Es ist selbstverständlich, ... daß neben zwingendem öffentlichen Recht kein Raum mehr für ver-tragliche Abmachungen bleibt"; ähnlich: Imboden, S. 98. - Vgl. auch Thieme, NJW 1974, 2201 (2204), der durch eine extensive Auslegung des § 59 Abs. 2 Ziff. 2 VwVfG - aller-dings nur für subordinationsrechtliche Verträge - zu ähn-lichen Ergebnissen kommt.

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen: § 59 Abs. 1 VwVfG erklärt die Nichtigkeitsgründe des Zivilrechts uneingeschränkt für anwendbar. Danach ist ein Vertrag, der inhaltlich gegen ein gesetzliches Verbot (lex minus quam perfecta) verstößt, gemäß § 134 BGB nichtig. Weiterhin führt auch der Verstoß gegen zwingende oder nicht ergänzungsfähige Normen (leges perfectae) zur Unwirksamkeit des Vertrages, weil diese Normen das rechtliche "Können" der Vertragsparteien einschränken. Darüberhinaus sanktioniert § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG die formelle Fehlerhaftigkeit eines subordinationsrechtlichen Vertrages in bestimmten Fällen mit der Nichtigkeitsfolge.

2) Nichtigkeit von Vergleichsverträgen

Es ist weiter zu untersuchen, inwieweit dieses Ergebnis auch für Vergleichsverträge gilt. Vorschriften über diesen Vertragstyp sind in verschiedenen Gesetzen enthalten. Den außergerichtlichen Vergleich regeln §§ 55, 59 VwVfG sowie § 779 BGB. Daneben enthalten die Prozeßordnungen Bestimmungen über den gerichtlichen Vergleich.

a) Einschränkung der Nichtigkeitsgründe für Vergleichsverträge

Nach der Legaldefinition der §§ 55 VwVfG, 779 BGB wird durch den Vergleich eine rechts- oder tatsachenbedingte Ungewißheit zwischen den Parteien im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt. Schon aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, daß bei dem Abschluß eines Vergleiches die vertragliche Regelung des betreffenden Sachverhalts nur in seltenen, auf Zufälligkeiten beruhenden Ausnahmefällen mit dem objektiven Recht übereinstimmen kann. Ein Vergleich wird nämlich definitionsgemäß gerade aus der Erkenntnis

heraus geschlossen, daß den Beteiligten subjektiv die Feststellung der wahren Rechtslage nicht möglich ist¹.

Erkennt der Gesetzgeber die Existenz derartiger Verträge ausdrücklich an, so folgt allein daraus, daß im Einzelfall dem Rechtsfrieden eine größere Bedeutung zugemessen wird als dem Postulat materieller Gerechtigkeit². Diese gesetzliche Grundsatzentscheidung wird aber unterlaufen, wenn die Wirksamkeit eines Vergleichsvertrages davon abhängig gemacht wird, daß er inhaltlich der objektiven Rechtslage entspricht³. Die gesetzliche Anerkennung des Vergleichsvertrages kann daher nur bedeuten, daß den Parteien eine größere rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird, als sie ohnehin besitzen⁴, indem ihnen gestattet wird, in Ausnahmefällen von zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Normen abzuweichen (sog. Dispensationsermächtigung⁵). Es stellt sich somit nur die Frage, ob den verschiedenen Vorschriften über den Vergleichsvertrag ein einheitliches Prinzip zugrunde liegt. Dabei ist zwischen den außergerichtlichen und den Prozeßvergleichen zu unterscheiden.

1 Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (238 f.); Bosse, S. 66; Suchan, S. 84; Bisek, S. 61.

2 Dieser Gedanke liegt auch den Vorschriften über die Bestandskraft des Verwaltungsaktes zugrunde; ausführlich hierzu: Suchan, S. 162 ff.

3 So aber: Barth, NJW 1961, 1604 (1605 f.); Mellwitz, DVBl. 1962, 601 (604); Stein, AöR 86 (1961), 320 (329); Weitemeyer, S. 110 f.; Konrad, S. 126. - Auch die Annahme, daß sich die Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ausschließlich nach § 134 BGB richtet, führt dazu, daß die Regelung des § 59 Abs. 2 VwVfG über subordinationsrechtliche Verträge nicht die Gestaltungsmöglichkeit der Parteien, sondern die Nichtigkeitssgründe gegenüber sonstigen Verträgen erweitert; so ausdrücklich: Frank, DVBl. 1977, 682 (683); Ule/Laubinger, VwVfR, § 68 II 4 b (S. 282).

4 Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (275); Suchan, S. 164 ff.; Konrad, S. 121 f.; ebenso: BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84/73 - in NJW 1976, 686 (687): "Wirksamkeitsvorzüge" des Vergleichs gegenüber sonstigen Verträgen.

5 Zum Begriff s. o. S. 135.

aa) Außergerichtlicher Vergleich

Die Wirksamkeit koordinationsrechtlicher Verträge, also auch der außergerichtlichen Vergleichsverträge wird ausschließlich in § 59 Abs. 1 VwVfG dahingehend geregelt, daß die Vorschriften des BGB entsprechend anwendbar sind. Aus dieser Verweisung ergibt sich zunächst, daß inhaltlich rechtswidrige Verträge generell nichtig sind. Diesen Grundsatz schränkt das Zivilrecht selbst ein, indem es in § 779 BGB die Möglichkeit eines Vergleichsvertrages vorsieht und damit durch die Anerkennung dieses Vertragstyps ein vertragliches Abweichen von zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Normen zuläßt¹. Als Voraussetzungen hierfür nennt das Gesetz die Beseitigung einer rechts- oder tatsachenbedingten Ungewißheit im Wege des gegenseitigen Nachgebens.

Ähnliche Regelungen gelten auch für subordinationsrechtliche Vergleichsverträge im Verwaltungsverfahren. Nach § 59 Abs. 2 Ziff. 3 VwVfG sind derartige Verträge nichtig, wenn die Voraussetzungen des § 55 VwVfG nicht vorliegen und ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts nicht nur formell rechtswidrig wäre; sie sind also wirksam, wenn sie zwar gegen zwingendes Recht verstoßen, aber den Erfordernissen des § 55 VwVfG genügen. Diese Vorschrift verlangt - ebenso wie § 779 BGB - die Beseitigung einer rechts- oder tatsachenbedingten Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben. Liegen derartige "qualifizierte Zweifel"² vor, so ist der Vergleichsabschluß gemäß § 55 VwVfG in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt³.

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 15. 2. 1955 - I ZR 86/53 - in BGHZ 16, 296 (302 ff.); Urt. v. 3. 4. 1963 - VIII ZR 217/61 - in NJW 1963, 1197 (1198); Breetzke, NJW 1969, 1408 ff. m. w. N.

² Breetzke, NJW 1969, 1408 (1410).

³ Jeder Vertragsschluß liegt gemäß § 54 VwVfG im Ermessen der Behörde, so daß sich bezweifeln läßt, ob das durch § 55 VwVfG eingeräumte Ermessen eine selbständige Bedeutung hat; vgl. dazu: Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 55 RdNr. 9; Laubinger, JA 1976, 339 (340).

Insoweit stimmen die Voraussetzungen für den Abschluß eines sub- und koordinationsrechtlichen Vergleichsvertrages im Verwaltungsverfahren überein. Die gesonderte Aufzählung des subordinationsrechtlichen Vergleichsvertrages unter den zusätzlichen Nichtigkeitsgründen des § 59 Abs. 2 VwVfG erfordert jedoch eine Erweiterung der sich bereits aus §§ 59 Abs. 1 VwVfG, 779 BGB ergebenden Unwirksamkeitbestände. Daher gelten für diese Verträge zusätzlich die Regelungen des § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG¹.

bb) Prozeßvergleich

Neben diesen Möglichkeiten des außergerichtlichen Vergleichsvertrages lassen die Prozeßordnungen auch gerichtliche Vergleiche zu.

Aus dem Wortlaut des § 106 VwGO ergibt sich unmittelbar, daß damit den Parteien die Möglichkeit eröffnet wird, zwingendes Recht zu durchbrechen. Danach ist ein Prozeßvergleich zulässig, soweit die Parteien über den Gegenstand der Klage "verfügen können". Auch hier knüpft der Gesetzgeber an die Unterscheidung zwischen rechtlichem "Können" und "Dürfen" an. Die "leges perfectae" beschränken zwar das rechtsgeschäftliche "Können" der Parteien². § 106 VwGO bezieht sich aber ausdrücklich auf das "Verfügen-Können", also nicht auf das Verpflichtungs-, sondern Erfüllungsgeschäft. Die Verfügungsmacht geht aber weiter als die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit der Parteien, weil Verträge nicht wie Verwaltungsakte bestandskräftig werden. Ein

¹ So im Ergebnis: Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 59 RdNr. 12; Erichsen, VerwArch 68 (1977), 65 (67); - a.A.: Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (424 f.); - Dabei kommen in erster Linie formelle Fehler in Betracht, weil "qualifizierte Zweifel" kaum anzunehmen sind, wenn die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts evident ist oder von den Parteien in kollusivem Zusammenwirken herbeigeführt wird.

² S. o. S. 129 ff.

Prozeßvergleich ist daher nicht bereits unwirksam, wenn die Behörde einen inhaltsgleichen Verwaltungsakt nicht hätte erlassen "dürfen", sondern erst, wenn ein solcher Verwaltungsakt nichtig wäre, die Behörde ihn also gar nicht erlassen "könnte"¹.

Ist es den Behörden somit möglich, zwingendes Recht zu durchbrechen, so sind die hierfür bestehenden Voraussetzungen zu ermitteln. § 106 VwGO sowie § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO regeln diese Frage nicht, sondern setzen den Begriff des Vergleichs voraus. Aus der Doppelnatur als Prozeßvergleich einerseits und materiellem Rechtsgeschäft andererseits² ergibt sich die enge Verknüpfung zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht, so daß es gerechtfertigt ist, insoweit auf die übereinstimmende Definition der §§ 55 VwVfG, 779 BGB zurückzugreifen³. Auch ein Prozeßvergleich ist damit nur zulässig, wenn dadurch eine rechts- oder tatsachenbedingte Ungewißheit beseitigt wird.

Eine weitere Einschränkung gilt für subordinationsrechtliche Vergleiche. Soweit diese außergerichtlich abgeschlossen werden, gelten die zusätzlichen Nichtigkeitsgründe des § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG. Bei dem Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs wird der Richter nicht judizierend, sondern nur protokollierend tätig⁴, so daß die Wirksamkeits-

1 BSG, Urt. v. 25. 4. 1967 - 11 RA 138/66 - in NJW 1967, 1822 f.; Urt. v. 22. 8. 1967 - 2 RU 260/66 - in NJW 1968, 176 zu dem gleichlautenden § 101 SGG; BVerwG, Urt. v. 28. 3. 1962 - V C 100.61 - in BVerwGE 14, 103 (104 f.); Urt. v. 29. 10. 1963 - VI C 198.61 - in BVerwGE 17, 87 (93); Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84.73 - in BVerwGE 49, 359 (364 f.); Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II d 2 (S. 348).

2 Nachweise s. o. S. 70.

3 Vgl. etwa: BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975, a.a.O., Kopp, VwVfG, § 55 Anm. 2; Kuhn, LVwG, § 122 Anm. 5; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 106 RdNr. 1.

4 S. o. S. 69.

voraussetzungen eines außergerichtlichen Vergleichs mit denen eines Prozeßvergleichs übereinstimmen müssen¹. Andernfalls wäre die vergleichsbereite Behörde gezwungen, das Verwaltungsverfahren mit einer für den Bürger ungünstigen Entscheidung zu beenden, um im gerichtlichen Verfahren den bereits zuvor beabsichtigten Vergleich abschließen zu können. Auch auf dem subordinationsrechtlichen Prozeßvergleich müssen daher die zusätzlichen Unwirksamkeitstatbestände des § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG Anwendung finden.

cc) Zwischenergebnis

Sämtliche Vorschriften über den Vergleichsvertrag enthalten somit eine Dispensationsermächtigung², die es den Beteiligten erlaubt, zwingende oder nicht ergänzungsfähige Normen zu durchbrechen. Voraussetzung dafür ist stets, daß durch den Vergleich eine rechts- oder tatsachenbedingte Ungewißheit im Wege des gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Subordinationsrechtliche Vergleichsverträge sind zusätzlich an die Schranken des § 59 Abs. 2 Ziff. 1, 2 VwVfG gebunden.

b) Wirksamkeit rechtswidriger Vergleichsverträge

Ein Vergleichsvertrag ist immer wirksam, wenn er "zufällig" mit der objektiven Rechtslage übereinstimmt. Ist der Vergleichsinhalt rechtswidrig, so ist der Vertrag nur wirksam, wenn qualifizierte Zweifel i. S. v. §§ 55 VwVfG, 779 BGB vorlagen.

1 Knack, DVBl. 1965, 709 (710 f.); Konrad, S. 122; Dithmar, NJW 1961, 2245; - a.A.: Weiß, S. 52; Bosse, S. 68 ff.; Götz, JuS 1970, 1 (6).

2 Vgl. BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84.73 - in BVerwGE 49, 359 (364); Klückmann, SKV 1977, 98 (100); Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 (675); Göldner, JZ 1976, 352 (357 FN 45).

Dies setzt voraus, daß die entgegenstehenden Normen ein vergleichsweises Abweichen vom materiellen Recht überhaupt zulassen. Ebenso wie im Zivilrecht ein Vergleich, der den Bestand der Ehe berührt, nichtig ist¹, enthält auch das öffentliche Recht im Bereich der Statusangelegenheiten² nicht nur zwingendes, sondern selbst einer vergleichsweisen Einigung entgegenstehendes Recht³.

Lassen die entgegenstehenden Normen jedoch generell einen Vergleich zu, so ist dieser nur wirksam, wenn zwischen den Beteiligten eine Ungewißheit beseitigt wird. Daraus folgt, daß sich die Parteien der zur Ungewißheit führenden Zweifel gemeinsam bewußt sein müssen. Daher reichen weder einseitige⁴ noch die von einer Seite nur fingierten Zweifel⁵ aus, um einen Vergleichsvertrag anzunehmen. Auch können sich die "Wirksamkeitsvorzüge" eines Vergleiches nur auf die Punkte erstrecken, auf die sich die gemeinsame Ungewißheit der Parteien bezog⁶.

Allgemein kann das Vorliegen qualifizierter Zweifel i. S. d. §§ 55 VwVfG, 779 BGB nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Dies ergibt sich schon daraus, daß Dispensations-

1 Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. II 1 c m. w. N.

2 Zum Begriff: Wolff in Wolff-Bachof, VwR I, § 32 IV.

3 Ein Vergleich wird generell für unzulässig gehalten, soweit "überwiegende öffentliche Interessen" entgegenstehen; vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 3. 1962 - V C 100.61 - in BVerwGE 14, 103 (105); Urt. v. 29. 10. 1963 - VI C 198.61 - in BVerwGE 17, 87 (94); Bachof, VerwRspr. II, S. 263; Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (248 f.); Bosse, S. 67 f.

4 BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975 - IV C 79/73 - in VerwRspr. 27, Nr. 31, S. 132 (139) zu § 122 schl.-hol. LVwG; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 55 RdNr. 16 - a.A.: Knack, VwVfG, § 59 RdNr. 4.3.

5 Götz, DÖV 1973, 298 (299); ders., JuS 1970, 1 (6).

6 BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84.73 - in BVerwGE 49, 359 (364 f.); Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 55 RdNr. 6; Kopp, VwVfG, § 55 Anm. 4.

ermächtigungen nur zulässig sind, wenn der Gesetzgeber sichergestellt hat, daß die Durchbrechung der allgemein zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Gesetze quantitativ und qualitativ ein Ausnahmefall bleibt¹. Daraus folgt, daß die erforderliche Ungewißheit stets eine sorgfältige Prüfung der Rechts- und Sachlage durch die Behörde voraussetzt². Erst wenn nach dieser Prüfung ernstzunehmende, objektivierte und nachprüfbare Zweifel übrig bleiben³, darf ein Vergleich abgeschlossen werden. Diese Grundsätze lassen sich unter Berücksichtigung der dem tatsachen- bzw. rechtsbedingten Vergleich zugrundeliegenden Interessenlage weiter konkretisieren.

aa) tatsachenbedingter Vergleich

Bei einer tatsachenbedingten Ungewißheit steht die Möglichkeit des Vergleichsschlusses im Spannungsverhältnis zu der Pflicht der Behörde, den Sachverhalt gemäß § 24 VwVfG umfassend zu erforschen.

Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich, daß für einen Vergleichsvertrag ausreichende Zweifel vorliegen, wenn die Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand erfordern würde. Stehen der Aufwand an Mitteln und Zeit sowie die Erfolgsaussichten der Ermittlungen in keiner angemessenen Relation zur Bedeutung der Sache, so rechtfertigt diese Ungewißheit den Abschluß eines Vergleichsvertrages⁴.

1 Mussgnug, S. 65, 136; Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 48 II c 1 (S. 406).

2 Ule/Becker, S. 68; v. d. Groeben/Knack, LVwG, § 122 Anm. 1.4; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 55 RdNr. 18.

3 Breetzke, NJW 1969, 1408 (1410 f.).

4 Vgl. EVwVfG 1963, Begr. zu § 41, S. 196; BVerwG, Urt. v. 29. 10. 1963 - VI C 198.61 - in BVerwGE 17, 87 (94); Salzwedel, S. 194; Bisek, S. 76 f.; Bosse, S. 71.

Einen weiteren Anwendungsbereich für den tatsachenbedingten Vergleich stellt etwa der Fall dar, daß die Behörde nach Ausschöpfung aller zumutbaren Möglichkeiten eine Beweislastentscheidung treffen müßte¹. Diese enthält nämlich im Sinne der materiellen Gerechtigkeit keine größere Richtigkeitsgewähr als eine vergleichsweise Regelung des betreffenden Sachverhalts. Dabei müssen jedoch die Fälle ausgeschieden werden, in denen die Nichterweislichkeit der Tatsache auf der verschuldeten Beweisunterdrückung eines Beteiligten beruht².

bb) rechtsbedingter Vergleich

Diese - nicht abschließenden - Fallgruppen lassen sich nicht ohne weiteres auf den rechtsbedingten Vergleich übertragen. So kann etwa bei niedrigen Geldbußen oder Abgaben der streitige Betrag nicht einfach ins Verhältnis zum rechnerischen Wert des Verwaltungsaufwandes zur Klärung dieser Rechtsfrage gesetzt werden. Tatsachenbedingte Vergleiche betreffen nämlich regelmäßig Einzelfälle, während bei Zweifeln über die Rechtslage häufig eine typische, wiederkehrende Ungewißheit vorliegt. In diesem Fall schränken das Gleichheitsgebot und der Grundsatz, daß die Durchbrechung zwingenden Rechts quantitativ ein Ausnahmefall bleiben muß, die Möglichkeit eines Vergleiches ein. Eine Abwägung zwischen dem erforderlichen Verwaltungsaufwand und der Bedeutung der Sache kann daher nur in Einzelfällen einen Vergleich rechtfertigen, wenn etwa ausländische

1 Dithmar, NJW 1961, 2245; Mellwitz, DVBl. 1962, 601 (603); Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 210 (229 f.); Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (240 ff.); Ule/Becker, S. 67; Weiß, S. 50.

2 Rechtsgedanke aus § 444 ZPO, vgl.: Ule/Becker, S. 68; Weiß, S. 51.

Rechtsfragen oder in unvordenklicher Zeit erworbene Rechte eine Rolle spielen¹.

Ebenso wie beim Tatsachenvergleich liegt ein Anwendungsfall für den rechtsbedingten Vergleich vor, wenn die potentiell einseitige Entscheidung der Behörde keine größere Richtigkeitsgewähr enthält als eine vergleichsweise Regelung. Liegen etwa zu einem Rechtsproblem divergierende Gerichtsentscheidungen vor, ohne daß die Frage höchststrichterlich geklärt ist, so ist ein Rechtsvergleich zulässig, weil die Behörde nicht verpflichtet ist, die höchstrichterliche Entscheidung herbeizuführen².

3) Nichtigkeit von Verträgen, auf die das VwVfG nicht anwendbar ist

Schließlich ist zu untersuchen, nach welchen Regeln sich die Wirksamkeit derjenigen Verträge beurteilt, auf die das VwVfG nicht anwendbar ist. Obwohl der Gesetzgeber beabsichtigte, durch §§ 54 ff. VwVfG eine Regelung für sämtliche öffentlich-rechtlichen Verträge zu schaffen³, fallen z. B. die öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen Zivilpersonen nicht unter den Regelungsbereich des VwVfG⁴.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des VwVfG für bestimmte Rechtsgebiete eingeschränkt, ohne dort Bestimmungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag ge-

1 Vgl.: Bosse, S. 72; Bisek, S. 81; Meyer in Meyer-Borgs, VwVfG, § 55 RdNr. 5.

2 Vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 3. 1962 - V C 100.61 - in DVBl. 1962, 600 f.; Urt. v. 23. 6. 1977 - V C 51.74 - in DöV 1978, 612 (614); Gützkow, DöV 1966, 554 (555); Bisek, S. 82 f.; - a. A.: Ule/Becker, S. 69; Weiß, S. 50.

3 EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 189.

4 S. o. S. 109.

troffen zu haben. So regelt etwa § 2 Abs. 2 Ziff. 1 VwVfG, daß das VwVfG nicht für das Verfahren der Bundes- oder Landesfinanzbehörden nach der AO gilt. Diese enthält zwar keine ausdrücklichen Vorschriften über das Vertragsrecht, bestimmt aber in § 78 Ziff. 3 AO, daß Verfahrensbeteiligte diejenigen sind, "mit denen die Finanzbehörden einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen will oder geschlossen hat". Daraus ergibt sich, daß auch im Abgabenrecht der Vertrag als Handlungsform nicht generell unzulässig ist¹.

Zur Beurteilung der Wirksamkeit solcher Verträge kann auf die Regeln zurückgegriffen werden, die oben aus § 59 VwVfG abgeleitet wurden. Zumindest in der höchstrichterlichen Rechtsprechung war vor Inkrafttreten des VwVfG anerkannt, daß inhaltlich rechtswidrige Verträge generell nichtig sind². Die Möglichkeit, durch den Abschluß eines Vergleichsvertrages zwingendes Recht zu durchbrechen, ergibt sich unmittelbar daraus, daß der Prozeßvergleich in § 106 VwGO gesetzlich anerkannt ist und die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit nicht enger gezogen werden können, wenn die Parteien sich bereits im Verwaltungsverfahren vergleichen³.

B Unzulässigkeit des Vertrages als Handlungsform

Von der bisher untersuchten Nichtigkeit inhaltlich rechtswidriger Verträge ist die Frage zu unterscheiden, ob der Vertrag als Handlungsform zulässig ist.

1 Knack, VwVfG, § 2 RdNr. 2.2; Meyer, NJW 1977, 1705 (1708).

2 Vgl. zuletzt: BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975 - IV C 84/73 - in NJW 1976, 686 (687) unter Aufhebung von OVG Münster, Urt. v. 30. 3. 1973 - X A 714/71 - in DVBl. 1973, 696 (697); BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975 - IV C 79/73 - in VerwRspr. 27, Nr. 31, S. 132 (137); ausführliche Nachweise bei: Stahl, S. 40 f; Konrad, S. 69 ff.

3 S. o. S. 144 f.

§ 54 VwVfG entscheidet den Streit zwischen der sog. normativen Ermächtigungstheorie und der Zulassungstheorie¹ dahin, daß ein Vertrag geschlossen werden "kann", soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Ob dies der Fall ist, muß unabhängig von der konkreten vertraglichen Regelung abstrakt-generell für den betreffenden Vertragsgegenstand untersucht werden². Ausdrückliche Vorschriften, die den Vertrag als Handlungsform ausschließen, enthalten zumindest die vor dem VwVfG in Kraft getretenen Gesetze nicht, da sie auf den Vollzug durch einen Verwaltungsakt zugeschnitten sind. In diesen Fällen kann sich sinngemäß aus dem Gesamtinhalt eines Gesetzes oder einer zusammenhängenden gesetzlichen Regelung ergeben, daß der Verwaltungsakt die allein zulässige Handlungsform sein soll³. So ergibt sich etwa aus § 5 BRBG, daß die Beamtenernennung nur durch einseitigen Hoheitsakt möglich ist⁴. Ähnlich folgt aus § 2 Abs. 3 Ziff. 2 VwVfG, daß der Vertrag als Form des Verwaltungshandelns bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen generell unzulässig ist⁵; für diesen Sachbereich ist das VwVfG nämlich nur mit Ausnahme u. a. des Vertragsrechts anwendbar.

1 Nachweise bei: Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (406 ff.); Bisek, S. 44 ff.; Rebhan, S. 191 ff.; Kottke, S. 38 ff.

2 Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 47.

3 Vgl. EVwVfG 1963, Begr. zu § 40, S. 191.

4 BGH, Urt. v. 21. 3. 1955 - III ZR 185/53 - in VerwRspr. 7, Nr. 178, S. 807 (808); Löwer, VerwArch 56 (1965), 236 (259); Bachof in Wolff-Bachof, VwR I, § 44 II c (S. 346); - dagegen beurteilte Imboden, S. 136 f. (ähnlich Lenz, JR 1971, 52, 57) die Beamteneinstellung als Vertrag; vgl. dazu auch O. Mayer, AÖR 3 (1888), 3 (26 ff.); Jellinek, System, S. 210.

5 Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 49.

Fraglich ist aber, ob der Vollstreckungsschuldner mit dem Einwand, der Vertrag sei als Handlungsform unzulässig, dessen Nichtigkeit und damit die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machen kann. Die Unwirksamkeit eines unzulässigen Vertrages wird überwiegend mit der Begründung bejaht, § 54 VwVfG enthalte ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB¹. Teilweise wird ein Verstoß gegen § 54 VwVfG aber auch für unbeachtlich gehalten, weil diese Vorschrift kein Verbotsgesetz ist².

§ 54 VwVfG regelt ausdrücklich das rechtliche "Können" der Vertragsparteien. Diese Vorschrift bezieht sich nicht wie § 106 VwGO³ auf das Verfügen -, sondern wie § 59 VwVfG auf das "Kontrahieren-Können". Gesetzliche Bestimmungen, die dem Vertrag als Handlungsform entgegenstehen, beschränken unmittelbar die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit der Beteiligten, so daß der Vertrag allein deshalb nichtig ist, weil der Parteiwille zwingendes Recht grundsätzlich nicht durchbrechen kann⁴.

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber einen Verstoß gegen § 54 VwVfG nicht ausdrücklich unter den Nichtigkeitsgründen des § 59 VwVfG aufgeführt hat, spricht dafür, daß er diesen Fall bereits durch § 59 VwVfG als geregelt ansieht. Die Auslegung des § 59 VwVfG, nach der ein Verstoß gegen zwingende oder nicht ergänzungsfähige Normen ebenso wie im Zivilrecht zur Nichtigkeit des Vertrages

1 Kottke, S. 82; Grund, DVBl. 1972, 884 (887); Meyer, NJW 1977, 1705 (1710); ders. in Meyer-Borgs, VwVfG, § 54 RdNr. 51; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 54 RdNr. 47; Knack, VwVfG, § 54 RdNr. 61.

2 Götz, DöV 1973, 298 (301); Müller, Die Verwaltung 1977, 513 (524); Bisek, S. 126.

3 S. o. S. 143 f.

4 S. o. S. 129 ff.

führt, wird daher mittelbar durch § 54 VwVfG bestätigt. Der Versuch, § 134 BGB als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB auszulegen, enthält somit die Unterstellung, der Gesetzgeber habe sogar den Abschluß unwirksamer Verträge verbieten wollen¹.

C Zwischenergebnis

Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag als Handlungsform unzulässig oder steht er inhaltlich im Widerspruch zu zwingenden oder nicht ergänzungsfähigen Normen, so ist er gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG ebenso wie im Zivilrecht grundsätzlich nichtig. Eine Ausnahme besteht nur für Vergleichsverträge, bei denen "qualifizierte Zweifel" die Durchbrechung zwingenden Rechts rechtfertigen.

¹ Vgl. v. Tuhr, BR-AT, § 69 II 1 (S. 9).

4. Kapitel

Prozessuale Geltendmachung der materiellen Einwendungen im Vollstreckungsverfahren

Es ist weiter zu untersuchen, wie der Vollstreckungsschuldner die ursprüngliche Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages bzw. das nachträgliche Erlöschen vertraglicher Ansprüche im Vollstreckungsverfahren prozessual geltend machen kann. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel oder im Wege des Verwaltungszwangs betrieben wird.

A Klageart bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel

Formale Grundlage der Zwangsvollstreckung aus einem Titel ist nicht der durchzusetzende Anspruch, sondern der Titel selbst. Auch wenn der zugrundeliegende Anspruch nicht besteht oder weggefallen ist, bleibt die Vollstreckbarkeit des Titels unberührt, solange diese nicht durch einen entsprechenden richterlichen Gestaltungsakt beseitigt worden ist¹. Die richtige Klageart für dieses Begehren ist die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, mit der "Einwendungen, die ... den Anspruch selbst betreffen", geltend gemacht werden können². Durch das stattgebende Urteil auf eine Vollstreckungsgegenklage wird die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt, so daß die Zwangsvollstreckung durchaus generell unzulässig ist³.

1 S. o. S. 23 f.

2 Diese Vorschrift gilt gemäß § 795 ZPO für alle Titel des § 794 ZPO.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 10. 1. 1960 - II ZR 53/58 - in NJW 1960, 2286 (2287); Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 767 Anm. I 1, 2; Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 767 Anm. 1 A.

Zwar können Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen sowohl nach Maßgabe der ZPO als auch der VwGO tituliert werden¹. Auch bei der Vollstreckung aus einem Titel der VwGO ist aber die Klage nach § 767 ZPO der richtige Rechtsbehelf, um die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend zu machen. §§ 168 - 172 VwGO enthalten nämlich nur Sonderbestimmungen für das Vollstreckungsverfahren, während im übrigen gemäß § 167 VwGO das 8. Buch der ZPO anwendbar ist². Die Herkunft des Titels entscheidet daher nur darüber, ob die Vollstreckungsklage vor dem Verwaltungs- oder Zivilgericht erhoben werden muß³.

Es bleibt zu untersuchen, welche Besonderheiten bei der Zwangsvollstreckung aus den einzelnen Vollstreckungstiteln bestehen.

I Vollstreckung aus einem Titel

Bei der Vollstreckung aus einem Titel ist die ursprüngliche Wirksamkeit des Vertrages bereits vor Erlaß des Titels richterlich festgestellt worden. Es würde daher dem Grundsatz der materiellen Rechtskraft⁴ widersprechen,

1 S. o. S. 63 ff.

2 Vgl. zur Anwendbarkeit des § 767 ZPO auf Titel der VwGO: OVG Münster, Beschl. v. 18. 11. 1977 - X B 2427/77 - in NJW 1978, 1174 (1175); OVG Lüneburg, Beschl. v. 10. 12. 1973 - I B 155/73 - in DVBl. 1974, 371 (372); Kopp, VwGO, § 167 Anm. 1; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 167 Anm. 5 m. w. N.

3 Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren muß die Klage gemäß § 767 Abs. 1 ZPO vor dem erstinstanzlichen Prozeßgericht anhängig gemacht werden; vgl. Ule, VwPR, § 70 IV (S. 310); Schunck/ De Clerck, VwGO, § 167 Anm. 2 k, aa.

4 §§ 121 VwGO, 322 ZPO.

wenn der Vollstreckungsschuldner mit einer Klage nach § 767 ZPO eine erneute gerichtliche Überprüfung dieser Frage herbeiführen könnte. Demgemäß bestimmt § 767 Abs. 2 ZPO, daß der Vollstreckungsschuldner sich nur noch auf Einwendungen berufen kann, die nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses entstanden sind.

Aus dieser Präklusionswirkung folgt, daß der Schuldner im Vollstreckungsverfahren nur noch das nachträgliche Erlöschen der vertraglichen Ansprüche erfolgreich geltend machen kann. Dagegen ist die Berufung darauf, daß der Vertrag inhaltlich rechtswidrig bzw. als Handlungsform unzulässig war, ausgeschlossen, wenn die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil stattfindet.

II Vollstreckung aus einem Parteiakt

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Zwangsvollstreckung aus einem Parteiakt, also einer beurkundeten Unterwerfungserklärung oder einem Prozeßvergleich betrieben wird.

Hier ist zunächst zu klären, ob die ursprüngliche Unwirksamkeit des Vertrages entsprechend §§ 139 BGB, 59 Abs. 3 VwVfG auch zur Nichtigkeit des Titels führt. Der Parteiakt hat keinen materiellen Einfluß auf die durchzusetzen-
de Forderung, sondern gewährt dem Gläubiger lediglich einen Anspruch gegen den Staat auf Tätigwerden der zuständigen Vollstreckungsorgane¹. Dieser Vollstreckungsanspruch ist von dem zugrundeliegenden Vertrag völlig losgelöst und hat daher bei dessen Unwirksamkeit einen eigenen Be-

¹ S. o. S. 88.

stand¹. Auch bei Parteiakten muß somit die Vollstreckbarkeit des Titels selbst dann beseitigt werden, wenn das zugrundeliegende Rechtsverhältnis von Anfang an nichtig war.

Ein wesentlicher Unterschied zur Zwangsvollstreckung aus Urteilen besteht aber darin, daß bei Parteiakten die möglichen Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO begrenzt sind. Eine dahingehende ausdrückliche Regelung enthält die ZPO zwar nur in § 797 Abs. 4 für die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde. Sinn und Zweck der Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO liegen darin, die materielle Rechtskraftwirkung eines Urteils zu sichern. Die Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO ist daher auf alle Titel, die nicht in Rechtskraft erwachsen - wie etwa auch die Prozeßvergleiche -, unanwendbar². Bei der Zwangsvollstreckung aus einem Parteiakt kann der Vollstreckungsschuldner daher mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 Abs. 1 ZPO erfolgreich geltend machen, der Vertrag sei von Anfang an unwirksam gewesen bzw. nachträglich erfüllt worden.

- 1) Beurkundete Unterwerfungserklärung nach §§ 794 ZPO,
61 VwVfG

Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt, wenn die Zwangsvollstreckung aus einem Titel betrieben wird, der auf einer

1 Vgl. für die notarielle Urkunde: BGH, Urt. v. 19. 2. 1951 - IV ZR 39/50 - in BGHZ 1, 181 (185); RG, Beschl. v. 28. 3. 1914 - IV B 3/14 - in RGZ 84, 317 (318); OLG Celle, Beschl. v. 8. 1. 1968 - 8 W 229/67 - in DNotZ. 1969, 102 (105); Werner, DNotZ. 1969, 713 (721); - für den Prozeßvergleich: LAG Frankfurt, Urt. v. 6. 10. 1969 - 1 Sa 362/69 - in NJW 1970, 1703; OVG Münster, Beschl. v. 30. 6. 1970 - X B 946/69 - in DöV 1970, 718; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. II 7 b.

2 BGH, Urt. v. 4. 11. 1976 - VII ZR 6/76 - in NJW 1977, 583 (584); OLG Hamm, Urt. v. 9. 10. 1975 - 10 U 140/75 - in NJW 1976, 246 (247); Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 795 Anm. II 5; Hartmann in Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 795 Anm. 2.

beurkundeten Unterwerfungserklärung des Vollstreckungsschuldners beruht. Dabei ist jedoch zu beachten, daß durch die notariell beurkundete Unterwerfungserklärung gemäß § 794 ZPO stets, durch die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG aber nur dann ein Vollstreckungstitel zustandekommt, wenn sich die B e h ö r d e der sofortigen Vollstreckung unterwirft¹. Liegt ein solcher Titel vor, so entscheidet über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht etwa die beurkundende Stelle selbst, sondern gemäß § 797 Abs. 5 ZPO bzw. § 167 VwGO grundsätzlich das Gericht, an dem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

2) Prozeßvergleiche

Findet die Zwangsvollstreckung aus einem Prozeßvergleich statt, so hat der Schuldner ebenfalls die Möglichkeit, die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung durch Erhebung der Vollstreckungsklage geltend zu machen.

Fraglich ist aber, ob das Rechtsschutzinteresse für eine Klage nach § 767 ZPO auch gegeben ist, wenn der Vollstreckungsschuldner sich darauf beruft, der Prozeßvergleich sei als materielles Rechtsgeschäft von vornherein unwirksam gewesen. Aus der Doppelnatur des Prozeßvergleichs² folgt nämlich, daß die Nichtigkeit des Vergleichsvertrages zwar nicht den Prozeßvergleich als Titel, wohl aber die prozeßbeendende Wirkung des Vergleichs beseitigt. Der Vollstreckungsschuldner kann daher auch den Ursprungsprozeß fortführen und in diesem Verfahren den Antrag stellen, die Vollstreckbarkeit des Prozeßvergleichs aufzuheben³.

1 S. o. S. 38 ff., 86 ff.

2 Nachweise s. o. S. 70.

3 BVerwG, Urt. v. 27. 9. 1961 - I C 93/58 - in DÖV 1962, 423 f.; BGH, Urt. v. 4. 11. 1976 - VII ZR 6/76 - in NJW 1977, 583; BAG, Urt. v. 8. 5. 1974 - 5 A ZR 359/73 - in NJW 1974, 2151; ausführlich hierzu: Schröder, S. 156 ff.; Bonin, S. 99 ff.; Weitemeyer, S. 136 ff.

Die Frage, ob diese Möglichkeit das Rechtsschutzinteresse für die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage ausschließt, kann aber nicht generell positiv¹ oder negativ² beantwortet werden. Das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses dient dazu, im Einzelfall eine unnötige Inanspruchnahme des Gegners bzw. des Gerichts zu verhindern³. Ein schutzwürdiges Interesse für die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage kann daher nur verneint werden, wenn im konkreten Fall damit zu rechnen ist, daß der Schuldner nicht nur die Vollstreckbarkeit des Prozeßvergleichs beseitigen, sondern auch den Ursprungsprozeß fortsetzen will⁴.

III Zwischenergebnis

Bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel kann der Vollstreckungsschuldner materielle Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung durch Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage geltend machen. Wird die Vollstreckung aus einem Urteil betrieben, so sind die Einwendungen, die der Schuldner schon im Vorprozeß hätte geltend machen können, gemäß §§ 167 VwGO, 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 769 ZPO.

1 So: Bonin, S. 112 ff.; Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 794 Anm. II 7 b jeweils m. w. N.

2 So: BGH, Urt. v. 29. 9. 1958 - VII ZR 198/57 - in NJW 1958, 1970 ff.; Urt. v. 16. 12. 1970 - VIII ZR 85/69 - in NJW 1971, 467 f.; OLG Hamburg, Beschl. v. 6. 11. 1974 - 5 W 58/74 - in NJW 1975, 225 f.

3 S. o. S. 74 ff.

4 Vgl. BGH, Urt. v. 14. 11. 1976 - VII ZR 6/76 - in NJW 1977, 583.

B Klageart bei der Verwaltungsvollstreckung

Von der Zwangsvollstreckung aus einem Titel ist die zwangsweise Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege des Verwaltungszwangs zu unterscheiden. Diese ist generell nur zulässig, wenn sich ein Bürger gemäß § 61 VwVfG hinsichtlich der Ansprüche aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat¹. Durch diese Unterwerfungserklärung kommt kein Titel zustande; vielmehr wird die Behörde dadurch vollstreckungsrechtlich so gestellt, als hätte sie einen inhaltsgleichen Verwaltungsakt erlassen². Im Gegensatz zur zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes werden bei der Vollstreckung vertraglicher Ansprüche im Verwaltungswege jedoch keine materiellen Einwendungen des Vollstreckungsschuldners "präkludiert"³. Die Unterwerfungserklärung selbst eröffnet lediglich formal den Weg für die Zwangsvollstreckung⁴; ein rechtswidriger Vertrag wird nach der in § 59 VwVfG getroffenen Regelung nicht wie ein Verwaltungsakt bestandskräftig⁵.

Es stellt sich daher die Frage, mit welcher Klageart der Bürger materielle Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machen kann, wenn vertragliche Ansprüche im Verwaltungswege zwangsweise durchgesetzt werden.

1 S. o. S. 30 ff.

2 S. o. S. 38 ff.

3 Zur Präklusionswirkung bei der Vollstreckung aus einem Urteil und von Verwaltungsakten s. o. S. 23 f., 25.

4 S. o. S. 45 f.

5 S. o. S. 125 ff.

I Klageart

Für das vergleichbare Problem der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes wird teilweise die Ansicht vertreten, der Vollstreckungsschuldner müsse materielle Einwendungen ebenso wie bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend machen¹.

Es ist aber fraglich, ob die Klageart der Vollstreckungsgegenklage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überhaupt zulässig ist, wenn die Vollstreckung im Verwaltungswege betrieben wird.

Für die Zwangsvollstreckung aus einem Titel der VwGO ergibt sich die Zulässigkeit der Klage nach § 767 ZPO unmittelbar aus § 167 VwGO. Diese Regelung bezieht sich nach ihrer systematischen Stellung im 17. Abschnitt der VwGO aber nur auf die Vollstreckung aus einem Titel, also nicht auf die Verwaltungsvollstreckung².

Die Anwendung zivilprozessualer Vorschriften im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ermöglicht weiterhin § 173 VwGO. Danach ist die ZPO entsprechend anwendbar, soweit

1 VGH Kassel, Beschl. v. 24. 10. 1958 - B IV 37/58 - in NJW 1959, 167; OVG Berlin, Urt. v. 3. 10. 1960 - VI B 57/69 - in GewArch 1961, 118 f.; OVG Hamburg, Urt. v. 17. 4. 1962 - I 1/62 - in DVB1. 1962, 683 (684); OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 1964 - III A 651/62 - in OVGE 20, 229 ff.; Urt. v. 20. 1. 1965 - III A 604/64 - in JZ 1965, 719 (insoweit aufgehoben von BVerwG, Urt. v. 26. 5. 1967 - VII C 69.65 - in KStZ 1967, 187); Beschl. v. 12. 10. 1967 - III B 484/67 - in OVGE 23, 247 (248); VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 25. 11. 1966 - III 558/65 - in ESVGH 16, 97 ff.; Rupp, JZ 1965, 370 f.; Menger, JZ 1965, 720 f.; Renck, BayVB1. 1975, 637 (639); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 167 Anm. 5; Traulsen, S. 174 ff. (209); Langen, S. 159.

2 Vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 17. 4. 1962, a.a.O.; Bay VGH, Beschl. v. 12. 11. 1974 - 241 IV 74 - in BayVB1. 1975, 646 (647); Renck, BayVB1. 1975, 637; Schenke, VerwArch 61 (1970), 260 (263).

die VwGO keine Bestimmungen über das Verfahren¹ enthält und die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Klage nach § 767 ZPO ist daher bei der Verwaltungsvollstreckung nur zulässig, wenn der Bürger mit den ausdrücklich in der VwGO geregelten Klagearten keinen ausreichenden Rechtsschutz erlangen kann².

1) Anfechtungsklage gegen einzelne Vollstreckungsmaßnahmen

Als spezielle Klageart der VwGO kommt zunächst die Anfechtungsklage gegen einzelne Vollstreckungsmaßnahmen in Betracht.

Hat sich der Bürger etwa wegen einer vertraglich geschuldeten Geldforderung der sofortigen Vollstreckung nach § 61 VwVfG unterworfen, so erfolgt die zwangsweise Durchsetzung dieses Anspruchs im Wege der Sach- oder Forderungspfändung³. Diese Vollstreckungsmaßnahmen äußern für den Schuldner unmittelbare Rechtswirkungen, die über seine vertragliche Verpflichtung, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, hinausgehen, so daß es sich um Verwaltungsakte i.S. d. § 35 VwVfG handelt⁴. Mit einer dagegen gerichteten Anfechtungsklage kann der Schuldner auch geltend machen, die

1 Zum Begriff des Verfahrens i. S. d. § 173 VwGO vgl.: OVG Münster, Beschl. v. 19. 2. 1964 - VIII B 84/63 - in DVB1. 1965, 244 (245); Arndt, S. 93.

2 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25. 5. 1967 - VII C 69.65 - in BVerwGE 27, 141 (142); OVG Münster, Urt. v. 6. 4. 1976 - II A 242/74 - in NJW 1976, 2036 (2037); Erichsen, VwR I, S. 127; Hauelsen, NJW 1965, 2285 (2286); Metzner, BayVBl. 1975, 640; Traulsen, S. 202.

3 § 5 VwVG i. V. m. §§ 281, 309 AO.

4 Vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 11. 1960 - VII C 184/57 - in DÖV 1961, 182 (183); Traulsen, S. 59 ff.; Wolff, VwR III, § 160 III n 2 (S. 336 f.); Kröllner, S. 54 f.

Pfändung sei rechtswidrig, weil seine vertragliche Verpflichtung gar nicht entstanden bzw. wieder erloschen sei. Die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung hängt nämlich gemäß § 3 VwVG nicht von einem Titel, sondern von dem (Weiter-)Bestehen des durchzusetzenden Anspruchs ab¹.

Diese Klagemöglichkeit kann dem Schuldner jedoch - entgegen einer früher teilweise vertretenen Ansicht² - keinen Rechtsschutz gewähren, der dem einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO vergleichbar ist. Die Erhebung einer Anfechtungsklage ist nämlich erst möglich, wenn ein konkreter Pfändungsakt erfolgt ist, während die Vollstreckungsgegenklage bereits vor Beginn der Zwangsvollstreckung zulässig ist³. Zudem wird durch ein stattgebendes Anfechtungsurteil nur die Unzulässigkeit eines konkreten Vollstreckungsaktes, nicht aber - wie bei einer Klage nach § 767 ZPO - die generelle Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung rechtskräftig, d.h. für nachfolgende Prozesse bindend festgestellt. Bei einem erneuten Vollstreckungsversuch der Behörde - etwa in einen anderen Gegenstand - wäre der Vollstreckungsschuldner einem erneuten Prozeßrisiko ausgesetzt, weil das dann angerufene Gericht nicht an die Feststellungen im Vorprozeß gebunden ist⁴.

1 S. o. S. 25 f.

2 Arndt, S. 98; Groß/Kreiling, DVBl. 1964, 863 ff.; Hau-eisen, NJW 1965, 2285 f.; Kienapfel, BWVPr. 1962, 165 ff.; Neumann, DVBl. 1957, 304 ff.; Stein, DVBl. 1966, 595 ff.

3 Vgl. etwa Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 767 Anm. III.

4 Ausführlich hierzu: BGH, Urt. v. 10. 10. 1960 - II ZR 53/58 - in NJW 1960, 2286 (2287); Traulsen, S. 117 ff.; Krüsselmann, S. 124 ff.

Die Anfechtungsklage gewährt dem Vollstreckungsschuldner daher nur einen Rechtsschutz gegen bereits erfolgte Vollstreckungsakte. Eine § 767 ZPO entsprechende Entscheidung des Gerichts, daß die zwangsweise Durchsetzung des vertraglichen Anspruchs generell unzulässig ist, kann mit dieser Klagemöglichkeit jedoch nicht erreicht werden¹.

2) Feststellungsklage

Zu untersuchen ist aber, ob der Rechtsschutz, den eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO gewährt, demjenigen entspricht, den der Vollstreckungsschuldner mit einer Klage nach § 767 ZPO erreichen kann.

Mit der Feststellungsklage kann gemäß § 43 VwGO u. a. die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger daran ein berechtigtes Interesse hat. Als Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 VwGO sind rechtliche Beziehungen anzusehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund öffentlich-rechtlicher Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander ergeben². Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis in diesem Sinne ist zwischen den Parteien eines öffentlich-rechtlichen Vertrages stets gegeben³. Das weiterhin erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, wenn zwischen den Beteiligten eine Unsicherheit über das (Weiter-)

¹ Vgl.: OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 1964 - III A 651/62 - in OVG 20, 229 f.; OVG Berlin, Urt. v. 3. 11. 1960 - VI B 57/59 - in DöV 1961, 513 (514); OVG Hamburg, Urt. v. 17. 4. 1962 - I 1/62 - in DVBl. 1962, 683 (684); Schenke, VerwArch 61 (1970), 342 - 350.

² BVerwG, Urt. v. 8. 6. 1962 - VII C 78/61 - in BVerwGE 14, 235 (236); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 43 Anm. 3; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 43 RdNr. 3.

³ OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 11. 1970 - VI A 114/70 - in DVBl. 1972, 154; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 43 RdNr. 4; Stahl, S. 41; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 RdNr. 31; vgl. auch Schumann/Leipold in Stein-Jonas, ZPO, § 256 Anm. II 1 a.

Bestehen vertraglicher Ansprüche vorhanden ist¹. Somit kann der Bürger durch die Erhebung einer Klage nach § 43 VWGO stets feststellen lassen, daß die von ihm vertraglich übernommene Verpflichtung überhaupt nicht entstanden bzw. nachträglich wieder erloschen ist, wenn hierüber Uneinigkeit zwischen den Vertragsparteien besteht.

Zu klären ist jedoch, ob diese Klagemöglichkeit bei der Vollstreckung vertraglicher Ansprüche im Verwaltungswege den gleichen Rechtsschutz gewährt wie die Vollstreckungsgegenklage bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel.

Die Vollstreckung aus einem Titel ist von dem durchzusetzenden Anspruch losgelöst und wird allein von dem Titel "getragen". Das Nichtbestehen bzw. nachträgliche Erlöschen vertraglicher Ansprüche berührt daher nicht die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus diesem Titel². Materiell-rechtliche Einwendungen gegen die generelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung müssen mit der Vollstreckungsgegenklage gegen den Titel selbst geltend gemacht werden. Diese Klage ist eine rein prozessuale Gestaltungsklage, mit der ausschließlich die Vollstreckbarkeit des Titels vernichtet wird³. Sachurteilsvoraussetzung der Klage nach § 767 ZPO ist stets, daß der Vollstreckungsschuldner einen wirksamen Titel angreift. Ist der Titel im Einzelfall nichtig, so ist die Vollstreckungsgegenklage unzulässig⁴, weil es an einem geeigneten "Angriffsobjekt" fehlt und das Ziel dieser Klage, einem Titel die Vollstreckbarkeit zu nehmen, nicht erreicht werden kann.

1 Vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 29. 6. 1965 - Bf I 46/64 - in MDR 1966, 360 (361); Zschacke, MDR 1953, 12 (14).

2 S. o. S. 23.

3 BGH, Urt. v. 18. 11. 1954 - IV ZR 96/54 - in BGHZ 15, 190 (191); Urt. v. 24. 10. 1956 - V ZR 127/55 - in BGHZ 22, 54 (56); Urt. v. 10. 10. 1960 - II ZR 53/58 - in NJW 1960, 2286 (2287); Münzberg in Stein-Jonas, ZPO, § 767 Anm. I 1 m. w. N.

4 BGH, Urt. v. 18. 11. 1954, a.a.O.; Urt. v. 24. 10. 1956, a.a.O.

Anders ist die Rechtslage jedoch bei der Verwaltungsvollstreckung. Diese wird nicht von einem Titel, sondern von dem materiellen Anspruch selbst "getragen". Das Nichtbestehen bzw. nachträgliche Erlöschen des zugrundeliegenden Anspruchs führt unmittelbar kraft Gesetzes zur Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung¹. Bei der Vollstreckung im Verwaltungswege fehlt es für die Klage nach § 767 ZPO an einem geeigneten "Angriffsobjekt"; materielle Einwendungen kann der Vollstreckungsschuldner daher nur gegen den durchzusetzenden Anspruch selbst geltend machen. Für dieses Begehren ist die Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO die richtige Klageart. Durch sie kann der Vollstreckungsschuldner gerichtlich klären lassen, ob der zugrundeliegende vertragliche Anspruch überhaupt entstanden bzw. nachträglich erloschen ist. Mit einem stattgegebenen Feststellungsurteil wird rechtskräftig, d. h. auch für nachfolgende Prozesse bindend festgestellt, daß eine wesentliche Voraussetzung der Verwaltungsvollstreckung, nämlich das Bestehen des durchzusetzenden Anspruchs fehlt.

Die Feststellungsklage gewährt dem Vollstreckungsschuldner bei der zwangsweisen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Verwaltungswege einen ebenso ausreichenden und umfassenden Rechtsschutz wie die Klage nach § 767 ZPO bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel. Die Vollstreckungsgegenklage ist daher im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zulässig, wenn vertragliche Ansprüche im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden².

1 S. o. S. 25 f.

2 So im Ergebnis für die Selbstvollstreckung von Verwaltungsakten: Hartmann, S. 177 - 184; Schenke, VerwArch 61 (1970), 342 (352); ders., BayVBl. 1976, 680 (681 f.); Zschacke, MDR 1953, 12 (14); LSG Bad.-Württ., Urt. v. 8. 11. 1963 - L 4 b Kr 2186/59 - in Breithaupt 1964, 179 (180); - ähnlich: BVerwG, Urt. v. 26. 5. 1967 - VII C 69.65 - in BVerwGE 27, 141 (142 f.); OVG Münster, Urt. v. 6. 4. 1976 - II A 242/74 - in NJW 1976, 2236 (2237 f.); Kopp, VwGO, § 167 Anm. 4; Bonk in Stelkens, VwVfG, § 61 Rdnr. 31; Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 20 I 4 b (S. 217).

II Zwischenergebnis

Werden vertragliche Ansprüche im Verwaltungswege vollstreckt, so stehen dem Vollstreckungsschuldner folgende Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung: gegen bereits erfolgte Vollstreckungsmaßnahmen muß der Schuldner, um den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern, mit Widerspruch und Anfechtungsklage vorgehen. Dabei kann er gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO den Folgenbeseitigungsanspruch geltend machen, um die Rückgängigmachung des angegriffenen Vollstreckungsaktes zu erreichen. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 80 Abs. 5 VwGO¹.

Gleichzeitig, aber auch schon vor dem Ergehen konkreter Vollstreckungsmaßnahmen kann der Schuldner die generelle Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend machen, indem er gemäß § 43 VwGO auf Feststellung klagt, daß seine vertragliche Verpflichtung nicht (weiter-)besteht. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich in diesem Fall nach § 123 VwGO.

III Landesrechtliche Besonderheiten

Die Bundesländer sind in ihren landesrechtlichen VwVfG'en der Regelung des § 61 BVwVfG gefolgt und haben für die Vollstreckung auf ihre Vollstreckungsgesetze verwiesen. Diese schließen jedoch teilweise eine Klagemöglichkeit im Verwaltungsvollstreckungsverfahren aus. So bestimmt z. B. § 7 VwVG NW, daß der Schuldner bei der Vollstrek-

¹ Die meisten Bundesländer haben von der Ermächtigung in § 187 Abs. 3 VwGO Gebrauch gemacht; vgl. die Zusammenstellung bei Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 169 Anm. 14.

kung von Geldforderungen zunächst leisten muß und dann auf das in § 7 Abs. 2, 3 VwVG NW geregelte Erstattungsverfahren verwiesen ist¹.

Derartige Regelungen stehen jedoch im Widerspruch zur VwGO, in der der Rechtsschutz auch im Vollstreckungsverfahren² umfassend und abschließend geregelt ist. Die VwGO enthält für diese Materie auch keinen Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung, so daß § 7 VwVG NW als eine der VwGO entgegenstehende Vorschrift gemäß §.195 Abs. 2 VwGO außer Kraft getreten ist³.

Auch in den Bundesländern richtet sich der Rechtsschutz bei der zwangsweisen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Verwaltungswege daher nach den zuvor dargestellten Grundsätzen.

1 Eine gleichlautende Vorschrift enthielt § 327 Abs. 2 RAO, die jedoch in § 257 AO nicht übernommen wurde. Auch aus § 327 RAO folgte der BFH, Beschl. v. 21. 4. 1971 - VII B 106/69 - in KKZ 1972, 13, daß im Beitreibungsverfahren nach der RAO kein Vollstreckungsschutz möglich ist.

2 Vgl. § 187 Abs. 3 VwGO.

3 OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 1964 - III A 651/62 - in OVGE 20, 229 (238 ff.); Ur+. v. 6. 4. 1976 - II A 242/74 - in NJW 1976, 2036 (2038); Rupp, JZ 1965, 370; Arndt, S. 94 f.; Krüsselmann, S. 70 f.; Langen, S. 194; Traulsen, S. 201, Schluckat, DVBl. 1971, 285; - vgl. allgemein zur Abänderung prozessualer Vorschriften durch Landesrecht: BVerfG, Beschl. v. 14. 6. 1978 - 2 BvL 2/78 - in DÖV 1978, 687 f.

Lebenslauf

Am 9. Februar 1950 wurde ich als zweiter Sohn des Rechtsanwalts und Notars Willi-Peter Baumanns und seiner Ehefrau Gisela, geb. Plate in Düsseldorf geboren.

Ostern 1956 kam ich auf die Volksschule in Düsseldorf-Volmerswerth. Ab Ostern 1960 besuchte ich das Städtische Humboldt-Gymnasium in Düsseldorf, wo ich im Juni 1969 die Reifeprüfung ablegte.

Zum Wintersemester 1969/70 begann ich mein Jurastudium an der Universität zu Köln. Von dort wechselte ich im Wintersemester 1970/71 an die Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. Ab Sommersemester 1972 führte ich mein Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fort.

Am 20. Dezember 1974 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Am 27. September 1977 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen ab.

